

UNIVERSIDAD PERUANA DE CIENCIAS APLICADAS

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE DERECHO

**Criterios y Mecanismos para la Protección Jurídica del
Derecho Humano al Agua de los Pueblos Indígenas en
su Dimensión Colectiva a través de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos**

TESIS

Para optar el título profesional de:

ABOGADO

AUTOR

Buob Concha, Luis Carlos

ASESOR DE TESIS

Alza Barco, Carlos

LIMA – PERÚ

2012

DEDICATORIA

*A Zulema y José Carlos, por guiarme a disfrutar la sencillez de la vida,
a valorar la Libertad y respetar al ser humano.*

AGRADECIMIENTOS

Deseo manifestar mis agradecimientos a Gisela De León, Marcela Martino, Oscar Parra y Agustín Martín por sus valiosos comentarios sobre el contenido de esta tesis. Asimismo, deseo agradecer de forma especial a Carlos Alza, quien cordialmente aceptó asesorarme durante todo el proceso de elaboración del presente trabajo de investigación; su disposición para la lectura y discusión de estas páginas así como su colaboración en la entrega de observaciones enriquecen la misma. Finalmente, quiero hacer una mención simbólica a nuestra Madre del Carmen por encontrar en ella mi fortaleza espiritual.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	3
Resumen	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I EL AGUA COMO DERECHO.....	17
1.1 Agua: visión holística y escenario actual	17
1.2 Agua y Derecho Internacional de los Derechos Humanos	27
1.2.1 Agua: Naturaleza Jurídica y Aproximación a los Derechos Humanos	28
1.2.2 Reconocimiento del Derecho Humano al Agua	40
1.3 Componentes económico, social y cultural del agua.....	51
1.3.1 Derechos de Propiedad y Mercado: El caso chileno	54
1.3.2 Uso efectivo y beneficioso del agua: El caso de los estados del Oeste de los Estados Unidos	60
1.3.3 Políticas administrativas verticales: El caso peruano	65
1.3.4 Consideraciones finales	71
CAPÍTULO II PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO AL AGUA.....	75
2.1 Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal	75
2.2 Derechos Colectivos y Poblaciones Indígenas	90
2.2.1 Algunos dilemas en relación a los derechos colectivos.....	99
2.2.2 Derechos Colectivos y límites en el marco de los Derechos Humanos.....	110
2.3 Derecho colectivo al agua.....	116
CAPÍTULO III CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	125
3.1 Criterios y mecanismos para la protección jurídica del derecho al agua en relación a las poblaciones indígenas a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	125
3.1.1 Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Convención Interamericana sobre Derechos Humanos	128
3.1.2 Protección del derecho humano al agua en relación a los pueblos indígenas a partir de la interpretación conjunta de los derechos a la propiedad (art. 21), a la	

vida (art. 4.1) y a la personalidad jurídica (art. 3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	137
3.1.3 Experiencias sobre la materialización del derecho colectivo al agua.....	178
3.2 Responsabilidad Internacional del Estado	189
CONCLUSIONES.....	195
BIBLIOGRAFÍA	204

RESUMEN

El trabajo de tesis que a continuación se expone efectúa una construcción jurídica dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para proteger jurisdiccionalmente el derecho humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se divide el cuerpo de la tesis en tres capítulos; en primer lugar, se analiza cómo el agua adquiere la condición jurídica de derecho humano y se observa sus componentes económico, social y cultural del mismo, a través de un análisis comparado en tres países, para comprender las implicancias y amenazas vertidas sobre su efectivo disfrute en relación a las poblaciones indígenas.

Posteriormente, se evalúa la costumbre como fuente fundamental en el goce de los derechos humanos de los indígenas y la configuración de una dimensión colectiva cuando se los relaciona a dichos pueblos dentro de las sociedades multiculturales contemporáneas, para finalizar con el desarrollo del contenido jurídico del derecho colectivo al agua.

Por último, se estudia la posibilidad de su exigibilidad jurídica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para lograr fortalecer el respeto y garantía del mismo a partir del ámbito internacional. De este modo, se construye la fundamentación de la hipótesis principal del trabajo concluyendo que la protección de este derecho es viable de acuerdo al marco otorgado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular de acuerdo a la interpretación de los artículos 21, 4.1 y 3 de dicho instrumento jurídico a la luz del artículo 29 del mismo tratado.

INTRODUCCIÓN

“La humanidad no es infalible. Sus verdades son, en la mayoría de los casos, sólo medias verdades. La unidad de las opiniones, a menos que ésta nazca de la más libre y más exhaustiva confrontación de las ideas, no es, por eso, deseable. La diversidad no es un mal, sino un bien. Y así como es ventajoso que haya opiniones diversas, también lo es que haya diversos experimentos de vida, que se conceda amplio margen de libertad a los distintos tipos de caracteres, sin que esto redunde en perjuicio de terceros, y que se ensaye en la práctica el valor de las diversas formas de vida”

John Stuart Mill

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) significó una piedra angular para el paulatino reordenamiento del poder y orden público internacional en relación al respeto y protección del ser humano como sujeto derechos; a partir de su aceptación universal se desarrolla de manera más prolija los valores básicos inherentes a toda persona humana como la dignidad, la libertad, y la igualdad, recordándonos que éstos se aplican y pertenecen a todos y todas, en todos los lugares y en todo momento.

Con el reconocimiento internacional de los derechos y libertades fundamentales inherentes a todos los seres humanos en los documentos de protección internacional vigentes, esenciales y válidos- se propone el desafío de avanzar en su desarrollo y en su construcción evolutiva. De allí la intención de reflexionar sobre el sentido y alcance de dichos derechos, y en qué medida se persigue y es efectivo su cumplimiento.

Estos derechos pertenecen a todos y cada uno de nosotros; y es nuestro compromiso, en particular como profesionales del Derecho, no solo conocerlos y hacerlos nuestros, sino

también difundirlos y fomentar su análisis, desarrollo y discusión en todas las sociedades. Desde esta perspectiva, el derecho al agua resulta una temática particularmente reciente con diferentes aristas de análisis y no menos complejas formas de abordarlo.

Al respecto, el incremento de conflictos sobre el agua, especialmente entre los Estados, los sectores productivos (agricultura, minería, turismo, etc) y las comunidades indígenas, como actores sociales actualmente más visibles, ha llegado a desencadenar tensión, zozobra social y afectación de diferentes derechos fundamentales, muchas veces con consecuencias trágicas y graves violaciones a los derechos humanos. En tanto, el incremento de la población mundial, la demanda creciente del recurso por parte del sector productivo industrial y la expansión de las ciudades en un contexto de cambio climático vienen ejerciendo una gran presión sobre este bien.

La interrelación del actual valor estratégico que adquiere el agua como recurso, la contaminación a la que se encuentra expuesta y su carácter vital para el sustento de la especie humana forman parte del panorama donde la comunidad internacional ha puesto atención, constituyéndose como un punto que adquiere relevancia en la agenda internacional por los efectos que genera en la poblaciones en general y en el desarrollo de las pueblos indígenas en específico. De lo anterior, el presente trabajo se enfoca en explorar e investigar el derecho humano al agua de los pueblos indígenas para desarrollar criterios jurídicos que puedan utilizarse en su protección internacional a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Previamente, es importante resaltar que a lo largo del presente trabajo los términos pueblos, poblaciones o comunidades indígenas se han utilizado en el mismo sentido. Asimismo, es importante especificar que en la presente investigación se entiende por pueblos indígenas a aquellos pueblos que se encuentren dentro de la definición

estipulada por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹ (OIT), cuyas principales características son la identidad y organización propia como pueblos originarios dentro de los países actuales; y que mantienen todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales. Lo anterior sin dejar de tener en cuenta que un criterio fundamental para determinar la condición indígena es la conciencia de su identidad étnica, es decir, el auto-reconocimiento como tales².

Para estos efectos, resulta ilustrativo recordar la definición dada por quien fuera relator especial de las Naciones Unidas, José Martínez Cobo:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo

¹ “Artículo 1: 1. El presente Convenio se aplica: [...] b. a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (OIT 1989: art. 1.1 b). A decir de James Anaya, Relator especial de la ONU para los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas: “en la actualidad los pueblos indígenas son definidos, y así se identifican así mismos, en referencia a identidades anteriores a las invasiones históricas o de otros grupos y a las historias que acompañaron a éstas, historias que generaron y continúan generando formas de opresión que ponen en peligro su supervivencia cultural y su autodeterminación como pueblos diferenciados” (Rovere e Iza 2007: vii). Asimismo, es propicio precisar que por las similitudes que esta definición tiene con los denominados “pueblos tribales”, las categorías y conceptos desarrollados pueden aplicarse a ellos también.

² Cfr. Martínez: 1986, 381. En ese sentido ver también la Observación General N° 8 del Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial. Cfr. CEDR 1991: 81.

con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”³ (Martínez 1986: párr. 379)

Los pueblos indígenas, entonces, como grupos humanos diferenciados dentro de la construcción clásica de los Estados-nación poseen una condición y naturaleza particular que es necesario tener en cuenta para abordar de manera adecuada los problemas que les incumben y la evaluación del goce efectivo de sus derechos humanos. Los pueblos indígenas por lo general no acceden a los beneficios de los que goza la población no indígena viéndose excluidos del disfrute de estos derechos y libertades fundamentales, aunado a prácticas discriminatorias y políticas públicas represivas y asimilacionistas.

Como consecuencia, los pueblos indígenas han visto truncadas sus propias formas de desarrollo y permanecen sufriendo amenazas y dificultades para vivir libremente de acuerdo a sus instituciones consuetudinarias en sus lugares de origen. La privación del uso de sus territorios y la mutilación de estos, desde o con aquiescencia del aparato público burocrático, ha provocado que dichas personas queden marginadas económica y socialmente, dañando su cohesión como comunidades y quebrantando sus culturas.

Las dificultades y carencias en el uso de estrategias y recursos para enfrentar adecuadamente los riesgos a los que están expuestos y la nula articulación, en igualdad de condiciones, de sus propios intereses, los ha colocado en una situación de vulnerabilidad que históricamente ha proyectado su marginación en la sociedad; esto ha

³ Traducción del autor, el texto original en inglés refiere: “Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with preinvasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present nondominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems”.

motivado que se generen mecanismos de protección especiales que permitan proteger aspectos fundamentales para su supervivencia como pueblos diferentes con identidades culturales propias.

En ese contexto, el desarrollo, reconocimiento y protección del derecho humano al agua visto desde un enfoque intercultural adquiere relevancia jurídica pues representa un elemento esencial para la protección y respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el mundo. Representa además un tema de actualidad cuyo debate se hace necesario.

Desde este entendido es que en el presente trabajo se analiza, previo desarrollo teórico del agua como derecho humano y su relación con los pueblos indígenas, la manera de protegerlo jurídicamente a través de la Corte IDH con el fin de mejorar las condiciones en la que se encuentran los indígenas en el disfrute de sus derechos.

Las características físicas del agua y los diferentes usos que se hacen de él no pueden ser enfrentados solamente desde una perspectiva monodisciplinaria; sin embargo, el plano teórico – jurídico es el ámbito que reviste nuestro interés, pues es a través de él que vemos la posibilidad de conseguir la protección jurídica internacional del derecho humano al agua en su dimensión colectiva, lo cual permitiría hacer jurídicamente exigible a los Estados el cumplimiento de ciertas obligaciones para concretizar y hacer operativo dicho derecho. Aunque en ningún caso ello significa ignorar y desvalorar los enfoques que desde otras materias y ciencias se den.

El reconocimiento jurídico que se hace del derecho al agua como derecho humano representa uno de los avances dentro del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). La protección de este derecho a través de la interpretación sistemática de instrumentos y documentos jurídicos que en este trabajo se realiza

permite arribar a la conclusión de que garantizar el derecho al agua en relación a los pueblos indígenas ayudaría a salvaguardar el respeto de la dignidad de sus miembros.

Lo anterior, en tanto que el amparo internacional del derecho estudiado fortalecería la libre determinación de dichas poblaciones en relación al acceso y uso del agua de acuerdo a sus prácticas consuetudinarias, ya sea para satisfacer sus necesidades vitales o particulares intereses económicos, sociales y culturales, lo que en definitiva promovería un ejercicio más libre y pleno de sus derechos y libertades fundamentales como condición de una vida digna. De otro lado, se ha intentado que la argumentación realizada no esté tan ceñida que impida la protección del derecho ni tan holgada que permita la distorsión de este.

A este entender, el primer capítulo se divide en tres secciones; en primer lugar, se revisa las características y funcionalidades particulares del agua para entender la importancia que adquiere este elemento natural en la actualidad y el tipo de presiones, intereses y problemas que surgen a su alrededor. En esta sección se pretende dar una visión integral de la situación del recurso hídrico así como evidenciar los valores y significados que se le otorgan.

En la segunda sección, una vez descrito el panorama general en el que se sitúa el agua, se lo relaciona con la materia que interesa en esta investigación; el DIDH. Así, en primer término se desarrolla y fundamenta el surgimiento del agua como derecho vinculado a los derechos humanos, de esta manera se aborda su naturaleza jurídica desde la dogmática antes mencionada para entender la base teórica bajo la cual se lo sustenta; en segundo término, se describe el reconocimiento y avance jurídico que ha tenido dicho derecho a nivel internacional, detallando su vinculación en lo respectivo cuando lo relacionamos a los pueblos indígenas.

Finalmente, en la última sección, se analiza los componentes económico, social y cultural que posee el agua como categoría jurídica con el fin de conseguir una comprensión más integral del mismo. Dado que el corolario de esta investigación es la protección jurídica a través de un tribunal internacional de derechos humanos, mientras más claros se tengan dichos componentes de mejor manera se podrá precisar su contenido y así evitar consecuencias que atenten contra los derechos humanos de los pueblos indígenas. En lo particular, se utiliza casos de tres países como forma ilustrativa para entender la relación de estos conceptos.

El segundo capítulo, por su parte, tiene por objeto estudiar la vinculación de este derecho con los pueblos indígenas a partir del respeto de sus instituciones consuetudinarias y esquemas colectivos de acceso y uso del agua en relación con su supervivencia e identidades culturales. De este modo, en la primera sección se desarrolla la importancia de tener en cuenta el derecho consuetudinario indígena, dado que es a partir de esta fuente jurídica que las especiales relaciones con el agua y formas de uso que se hacen de él adquieren sentido. Al analizar el papel que juega la costumbre en las relaciones jurídicas de los indígenas se pretende generar mayores elementos de juicio para la protección internacional de su derecho al agua.

En la segunda sección se estudia los derechos colectivos, como componentes sustanciales para la protección de los derechos humanos de los indígenas. Precisamente, las instituciones consuetudinarias -como fuentes jurídicas- estudiadas en la primera sección de este capítulo sirven como plataforma para entender la vigencia y fuente de esta categoría de derechos. Adicionalmente, se analizan y responden algunos conflictos y cuestionamientos que surgen alrededor de los derechos colectivos en general y el marco de los derechos humanos como límites de estos. Todo ello con el objeto de lograr una mayor concreción jurídica del derecho humano al agua como derecho colectivo de los pueblos indígenas a través de la Corte IDH y las consideraciones que dicho Tribunal debiera tener en cuenta al analizarlo.

Como última sección se describe el contenido jurídico del derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas que se protegería ante amenazas a su goce o efectiva vulneración. A partir de allí se desarrolla el tercer capítulo, formulando una estrategia de protección jurídica.

Así, el último capítulo se estructura en dos secciones. La primera describe los mecanismos y criterios para hacer exigible dicho derecho a través de la formulación de una construcción jurídica que permita su protección internacional. En dicha sección se desarrolla la hipótesis de la investigación y se da respuesta a la pregunta principal de la tesis: ¿Cuáles serían los criterios y mecanismos que permitan proteger jurídicamente el derecho humano al agua de las comunidades indígenas, desde su dimensión colectiva, a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Al respecto, la interpretación y construcción jurídica propuesta como hipótesis de la investigación se estructura en el análisis del agua como derecho colectivo de los pueblos indígenas y su amparo a través de las disposiciones contenidas en los artículos 21 (derecho a la propiedad), 4.1 (derecho a la vida) y 3 (derecho a la personalidad jurídica) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) vistas a la luz de su artículo 29 y en relación a los deberes generales de protección consignados en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional.

La segunda sección, describe brevemente las consecuencias de la violación del derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas dentro de un proceso internacional ante la Corte IDH, para en último término dar las conclusiones de la investigación.

Para la concreción y respeto de los derechos humanos es necesaria su exigibilidad a través de acciones concretas de los Estados en la elaboración de políticas públicas, el acceso a una justicia interna efectiva y a través de la protección jurídica internacional,

de manera subsidiaria, cuando sean vulnerados. Caso contrario, estas declaraciones quedarían como deseos bien intencionados, un catálogo deontológico o un marco lírico sin efectos sobre los pueblos y las culturas.

En este sentido, así como los derechos individuales reconocen a los seres humanos en su calidad de individuos y sujetos de derecho internacional, los derechos colectivos son complementarios a ellos e implican el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En general, están orientados a proteger a la población, como grupo diferenciado, además del disfrute efectivo de los derechos individuales de sus miembros. Esto se ve reflejado no solo en el Convenio de la OIT precitado, sino también en el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobada el 13 de septiembre de 2007. Dicha declaración representa otro paso histórico en la lucha de los pueblos indígenas por sus derechos dado que establece parámetros claros para asegurar la dignidad y el bienestar de estos pueblos. En el preámbulo del documento se afirma que:

“[T]odas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas” (ONU 2007)

Desde esta plataforma se busca aportar en el desarrollo teórico y jurisprudencial sobre el derecho humano al agua como parte del *corpus juris* del DIDH.

Esta investigación ha implicado afrontar dudas, cuestionar algunos paradigmas y quizás desafiar linderos a través de los argumentos esbozados. En definitiva, se ha intentado precisar conceptos, integrar premisas, desentrañar conflictos y ponderar razones a través de la aplicación de principios y reglas suministradas por el marco normativo de los derechos humanos con el fin de obtener, por lo menos, una meridiana claridad en el

panorama planteado y desarrollar a partir de allí los supuestos y conclusiones del trabajo, el cual se presenta necesariamente inacabado; abierto a formulaciones contrarias o complementarias que permitan contrastar el análisis y estudio de las ideas planteadas con el fin de garantizar una vida más libre y digna de las poblaciones indígenas en el mundo.

CAPÍTULO I

EL AGUA COMO DERECHO

“Agua, barro en el camino, agua que esculpes paisajes, agua que mueves molinos. ¡Ay agua!, que me da sed nombrarte, agua que le puedes al fuego, agua que agujereas la piedra, agua que estás en los cielos como en la tierra”
Joan Manuel Serrat (El hombre y el agua)

1.1 Agua: visión holística y escenario actual

Aqua Vitae, palabras que resumen el valor fundamental que posee uno de los elementos naturales más importantes para la humanidad a través de los tiempos: el agua. Este recurso trasciende su escueta composición química para representar el soporte básico para la supervivencia y desarrollo del hombre no solo desde una perspectiva biológica – orgánica sino también como parte de la historia, cosmovisión y esencia de este.

Por su parte, el agua ha permitido sustentar el desarrollo de las primeras comunidades humanas, las cuales se asentaban a orillas de fuentes hídricas, principalmente con la aparición de la agricultura, para dar inicio al florecimiento de las grandes civilizaciones y el surgimiento de una diversidad de culturas alrededor del mundo⁴. Este, además, al

⁴ Así, por ejemplo, desde la gran Mesopotamia asentada alrededor de los ríos Tigris y Éufrates, el Nilo como fuente de la vasta cultura Egipcia hasta ciudades actuales como Londres, Chicago o Shangai que se conectan a fuentes hídricas importantes como medios utilizados para su prosperidad y crecimiento.

servir como hidrovía y red de comunicación: como medio para el transporte de bienes, personas, servicios y capitales (con ello culturas, lenguas y prácticas); y, para la posibilidad del intercambio comercial y de técnicas para determinadas actividades durante cientos de años, ha permitido expandir el horizonte del hombre, compartir y difundir conocimientos⁵.

Otra de las características inherentes a dicho recurso natural es hacer posible la producción de alimentos, hecho que ha permitido afirmar que el primer demandante de este recurso sea la agricultura o la agroindustria. Alrededor del 70% de agua consumida al año es destinada a esta actividad⁶. Por ello, no es inútil reflexionar sobre las consecuencias a escala que el uso inadecuado del recurso en este sector pueda ocasionar mundialmente. El hecho de la variabilidad de las épocas de lluvias y los actuales cambios climáticos sobre el agua es un desafío, no solo para aprender a conservar la riqueza de este recurso para periodos largos de sequía, sino para conservar y difundir aquellas prácticas que ya existen, tanto desde una perspectiva tecnológica como tradicional. El grado de inversión y mantenimiento de los caudales en términos de calidad y cantidad también son elementos importantes para valorar en tanto que la

⁵ Hacia 1618, por ejemplo, los comerciantes europeos llegaron hasta los Grandes Lagos que comunican los Estados Unidos de América con Canadá y, en 1634, el comercio de pieles se expandió hasta incluir el territorio canadiense. Desde allí, el río San Lorenzo proporcionó los medios para que los colonos se establecieran a lo largo de la zona este de Canadá. A través del río se incrementó el comercio de pieles, a la vez que el estatus económico de los comerciantes y el número de asentamientos en esta área. Desde una perspectiva histórica, el comercio fluvial ha sido tanto nacional (las comunidades del río Amazonas, por ejemplo, comercian con frecuencia entre ellas, transportando sus bienes de una orilla a otra en canoa, y la cuenca del Gran Tokio contiene al menos siete ríos importantes, a través de los cuales durante siglos se ha practicado el comercio entre ciudades) como internacional (por ejemplo, El Río Grande se encuentra entre México y Estados Unidos, y el comercio todavía se realiza por ferry, transportando personas y bienes de una orilla del río a otra). Cfr. UNESCO: 2006a

⁶ Cfr. Camdessus y otros 2006: 69

ausencia de estos o el mal destino que se les da repercute sustantivamente en la sociedad⁷.

Otro de los demandantes importantes de agua es la actividad productiva industrial, ya que el agua al ser el elemento disolvente por naturaleza facilita muchas de las actividades industriales; en la limpieza de minerales, la refinación del petróleo, teñido de textiles, para el calentamiento o enfriamiento de maquinaria y un largo etcétera. También sirve como generador de energía, elemento indispensable para las sociedades actuales a través de la construcción de represas e hidroeléctricas.

De otro lado, el contenido místico, sino sagrado, que se otorga a este elemento natural desde diversas culturas lo dota de tal riqueza espiritual que muchas veces deja de representar un simple simbolismo para permanecer en lo más íntimo de los sentimientos y creencias de los diferentes grupos humanos. No en vano es que este elemento es utilizado en varios ritos religiosos como purificación y limpieza del cuerpo y alma⁸.

⁷ Por citar un ejemplo, en los años cincuenta, la ex - Unión Soviética implementó uno de los principales proyectos de su época para la irrigación de campos de algodón, el hecho es que la desviación de dos de los ríos principales de Asia Central, afluentes del mar Aral, trajeron graves consecuencias ecológicas para la zona. El mar se redujo en 66%, se perjudicó varias tierras a la redonda y se contrajeron enfermedades Cfr. Segerfeldt 2006: 42

⁸ En la religión católica, por ejemplo, se traza una cruz con agua en la frente y se vierte la misma en la cabeza de la persona para simbolizar la pureza del espíritu. Este rito no sólo lava las impurezas simbólicas, sino que también elimina la mancha física del pecado original. Al ser fuente de vida es considerada como el elemento de bendición por excelencia. Por su lado, en la religión musulmana el agua también es símbolo de pureza, tanto así que los musulmanes deben purificarse antes de acercarse a su dios en la oración. Algunas mezquitas tienen un patio con una fuente de agua en el centro para las abluciones. Asimismo, en el Hinduismo los lugares sagrados normalmente se encuentran a orillas de los ríos. En la India, por ejemplo, el río Ganges es uno de los lugares de peregrinaje más conocido por sus aguas sagradas, al ser mediadora entre lo humano y lo divino para su purificación. Cfr. Unesco 2006b.

Esta faceta también es resaltada por especialistas como Camdessus, Badré, Cherét y Ténierè-Buchot. Mencionan, por ejemplo, que:

“[...] El agua desempeña un papel capital en la organización de esta cosmogonía [del país dogón en Malí] porque el agua es la vida, la semilla divina, que permite que Dios dé a luz a la tierra [...] [e]l agua es a la vez el sostén, la forma y la materia de la fuerza vital del mundo, fuente de movimiento y perseverancia en el ser'. Para los dogones, salvar el agua es salvar algo más que lo cotidiano, una parte esencial de la humanidad” (Camdessus 2006: 86-87)

A largo del Perú, por su parte, y principalmente en las regiones de su serranía se celebra el llamado “*Yarqa Aspi o Apu yaku pagapuy*”, “fiesta del agua” en su traducción al español. El culto al agua en la cultura andina se ha mantenido a través de los tiempos y se manifiesta en medio de ofrendas, ritos, cantos, faenas y bailes, a través de los cuales rinden homenaje y piden por la fertilidad de la tierra y la llegada de las lluvias. La presencia del agua marca a los pueblos y se relaciona estrechamente con su visión del mundo, sus relaciones interpersonales y comunitarias. Según recogen notas periodísticas, la fiesta del agua es un momento propicio para dividirse en grupos o ayllus y organizar el trabajo de limpieza de las acequias que nutren sus campos y territorios, momento que está revestido de tal simbología y ritualismo que dota a dicha celebración de contenido y catarsis espiritual⁹. Según Ossio, en un estudio realizado sobre la población de Andamarca en la Región de Ayacucho, la fiesta del agua se manifiesta como un ritual de fertilidad donde el agua proveniente de las alturas fecunda a la “madre tierra” a través de los canales de irrigación. Según el autor, existe una conjunción de opuestos complementarios que es la forma andina de expresar la recreación del orden social lo cual se refleja en valores como la fertilidad y unidad presentes en la fiesta¹⁰.

⁹ Cfr. Taype 2010: 2-4, Rojas 2009: 8-9 y Ulfe 2009.

¹⁰ Cfr. Ossio 1992: 312 y 315

Al ser la Tierra un espacio diverso en el que conviven muchísimas culturas distribuidas en diferentes países; las historias, creencias y actividades relacionadas al agua son esenciales no solo para el respeto de la cosmovisión de estos grupos humanos sino que permite revelar algún aspecto de nuestro planeta y sus poblaciones, sus fortalezas, debilidades, visiones y concepciones. Es decir, la manera de utilizar el agua en nuestras culturas refleja parte de nuestra percepción del mundo¹¹.

“La importancia del agua en nuestra vida cotidiana es inestimable. Aunque está siempre presente en nuestra vida, el agua se encuentra en constante cambio. En efecto, la manera de percibir y de gestionar el agua está determinada por las tradiciones culturales las que, a su vez, son determinadas por factores tan diversos como la situación geográfica, el acceso al agua y la historia económica. La percepción que se tiene del agua no es la misma en África que en Asia o en Australia que en el Amazonas. La función que desempeña el agua en la configuración de nuestra vida se refleja en una gran variedad de prácticas religiosas relacionadas con el agua, creencias espirituales, mitos, leyendas y prácticas de gestión alrededor del mundo.” (UNESCO 2006c)

Todo esto no sería posible si es que el volumen y calidad de agua existente no se mantuviera estable a través del ciclo hidrológico, proceso por el que las moléculas de agua permiten la vida y su utilización por los seres humanos para distintos fines. Aunque se puede decir que la cantidad de agua es invariable, la calidad de este, sus diferentes estados naturales y los tiempos de los circuitos que debe seguir pueden verse afectados y con ello las formas de vida y funciones para la cual se utiliza¹².

¹¹ Cfr. UNESCO 2006c

¹² Cfr. Camdessus y otros 2006: 18

Esto nos lleva al problema del vertimiento de aguas contaminadas y el daño para su uso en las diferentes funciones que cumple. El problema de la contaminación es un tema sensible para la sociedad en general y para quienes tienen relación con sus fuentes de nacimiento y cuencas de forma más directa. Por ello se refiere que:

“Ante todo, este recurso vivo y fluido es frágil. La contaminación, los despilfarros, las modificaciones que se hacen al entorno, son otros tantos daños hechos al agua. Lo percibimos todos los días: mareas negras, desecamiento de lagos y mares interiores, desechos urbanos en las grandes metrópolis y deforestaciones constituyen otras tantas heridas que le infligimos al agua.” (Camdessus y otros 2006: 23)

Según el segundo informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo, la expansión de las actividades económicas y el crecimiento demográfico presionan constantemente a los ecosistemas de las aguas costeras, ríos, lagos, humedales y acuíferos. La calidad de las masas naturales de agua se está reduciendo debido a diversos factores como la alteración de los sistemas fluviales para la navegación y para embalses de almacenamiento de agua, el drenaje de humedales para aumentar la superficie agrícola, la sobreexplotación de los fondos pesqueros, las múltiples fuentes de contaminación provenientes de la agricultura, la industria, el turismo y las aguas residuales de los hogares¹³. La pérdida de la biodiversidad, la afectación al equilibrio ecológico y la salud del hombre se ven seriamente amenazados por los desechos y residuos vertidos a través del agua y por los cambios físicos realizados sobre él en sus cauces naturales, sobre todo cuando no se toma en cuenta los efectos que ellos generan ni se toman medidas para evitar los daños.

La situación descrita en el tercer informe de Naciones Unidas sobre el mismo tema no es muy diferente:

¹³ Cfr. PNUMA 2006: 161

“The pattern and intensity of human activity has disrupted – through impacts on quantity and quality – the role of water as the prime environmental agent. In some areas depletion and pollution of economically important water resources have gone beyond the point of no-return, and coping with a future without reliable water resources systems is now a real prospect in parts of the world.” (Björklund y otros 2009: 127)

El uso de dicho recurso se torna complejo dado que al destinarlo para una u otra actividad económica, o la forma de uso empleada, puede generar hostilidades y enfrentamientos en las sociedades, formándose conflictos de diverso tipo y grado dependiendo de las situaciones y contextos que los generen. Situaciones que se agudizan en zonas carentes de este recurso al enfrentar una situación de tensión hídrica¹⁴ que abarca un abanico de consecuencias previsiblemente trágicas si no se generan políticas y mecanismos adecuados que puedan canalizar el problema a buenos resultados.

Entonces, al ser un recurso vital limitado es fuente de conflictos entre países¹⁵, grupos de interés, individuos o comunidades. El valor estratégico que adquiere el agua tanto desde un punto de vista económico, social como cultural lo convierte en un elemento

¹⁴ Según refiere Camdessus y otros, “[l]as Naciones Unidas han identificado más de 300 situaciones de conflicto potencial en el Medio Oriente, a lo largo del Nilo, del Indo o del Mekong, y tal vez entre Estados Unidos, consumidor ávido de agua, y Canadá, que cuenta con tal cantidad que a menudo la distribuye gratuitamente” (Camdessus y otros 2006: 21)

¹⁵ Como refiere Salmón y Villanueva: “Por ejemplo, desde la génesis misma del conflicto árabe-israelí, el agua ha jugado un papel significativo en las estrategias militares de las partes en conflicto. Efectivamente, el control de las fuentes de agua fue vital para la supervivencia del estado de Israel, pero también para la viabilidad económica de los estados árabes, y en el futuro el acceso al agua será fundamental para el establecimiento de un estado palestino.” Cfr. Salmón y Villanueva 2008: 169

potencialmente conflictivo muchas veces con el uso de violencia y de afectaciones a derechos y libertades esenciales. Así lo refieren Björklund y otros al manifestar que:

“Water scarcity occurs when so much water is withdrawn from lakes, rivers or groundwater that supplies can no longer adequately satisfy all human and ecosystem requirements, to meet all the demands placed on them, and competition among users can be intense resulting in more competition among potential users [...]” (Björklund y otros 2009: 128)

Esto significa que la disposición y uso de torrentes de agua, cuencas, caudales y reservas de agua para una u otra actividad provocan situaciones donde pugnan diferentes intereses¹⁶, no solo desde una dimensión intersectorial sino también interterritorial. Se trata de una situación en la que diferentes agentes compiten por el control, acceso, usufructo o posesión de alguna de las cualidades del agua como cantidad, calidad y oportunidad, entre otros¹⁷. Los conflictos a causa del proyecto hidroenergético Choclococha entre campesinos de Huancavelica y agricultores de Ica¹⁸ o el conflicto entre los gobiernos regionales de Cusco y Arequipa a causa del proyecto Majes Siguanilla II¹⁹, por ejemplo, muestran esta problemática en el ámbito local peruano²⁰.

¹⁶ Cfr. Molle y Vallée 2009: 150-159

¹⁷ Cfr. Pereyra 2008: 85

¹⁸ Cfr. Pacheco 2010: 27-29

¹⁹ Cfr. El Comercio 2010.

²⁰ En Perú en febrero de 2010, la Autoridad Nacional del Agua registró 244 conflictos por el agua de los cuales el 44,3% (108) se encuentra en estado latente o de formación, 43% (105) en estado moderado y 9% (22) en estado crítico. La relación comprende el uso poblacional, agraria, acuícola o pesquera, energética, industrial, minera, recreativa, turística y transporte. Cfr. RPP 2010; y Campos y Poma 2010.

A esto se debe añadir la complejidad en su administración y las consecuencias generadas que a partir de él se originan. La versatilidad y dinamismo, características inherentes de este elemento, además de los beneficios subrayados, también generan complicaciones en su administración. Al ser un elemento que fluye y recorre por diversos territorios y para diversas actividades puede perjudicar o afectar a poblaciones enteras, de hecho muchos de los conflictos mencionados anteriormente se dan a partir de esta condición. De ahí que se reconozca que la crisis del agua en gran medida es de gestión y no de escasez. Los principales obstáculos para una gestión adecuada y sostenible del agua se deben, entre otras consideraciones, a una fragmentación sectorial, pobreza, corrupción, inercia burocrática y nulos incentivos para un manejo eficiente, presupuestos congelados, instituciones inadecuadas y limitada participación de la sociedad. Por ello la necesidad de equilibrar los componentes social, económico, cultural y hasta político del agua²¹.

“Cada vez hay un mayor consenso en los círculos del desarrollo en que la escasez de agua y el aumento de la contaminación son, en gran medida, problemas inducidos social y políticamente, lo que significa que hay cuestiones que pueden tratarse por medio de cambios en la demanda y el uso del agua y a través de una mayor sensibilización, educación y reformas en la política del agua. La crisis del agua, por tanto, tiene cada vez más que ver con la manera en que nosotros, como individuos y como parte de una sociedad, administramos el acceso y el control de los recursos hídricos y sus beneficios” (PNUD 2006: 45)

Precisamente, uno de los enfoques más respaldados y difundidos por Naciones Unidas es la Gestión Integral de Recursos Hídricos (GIRH) la cuál es definida claramente por la Asociación Mundial para el Agua como “un proceso que promueve el desarrollo y la gestión coordinados del agua, la tierra y los recursos relacionados a fin de maximizar el bienestar económico y social resultante de una manera equitativa sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales.” (PNUD 2006: 46). De ahí la importancia del

²¹ Cfr. PNUD 2006: 42 - 85

acercamiento jurídico que se le dé a este recurso por la constante fricción que se pueda desarrollar por una legislación oficial no siempre adecuada a las realidades de cada sociedad, a las políticas que se desarrollen en torno al recurso y la interacción de los agentes (empresas, comunidades, ciudades, etc) que se reúnen en torno al líquido elemento.

No menos importante es la situación de pobreza y su relación con el acceso al agua potable y a instalaciones sanitarias adecuadas como condición necesaria para adquirir niveles de vida mínimos en relación a la dignidad de la persona humana. Así lo demuestra la preocupación manifestada por el Consejo de Derechos Humanos:

“[...] por el hecho de que aproximadamente 884 millones de personas no tengan acceso a fuentes de agua mejoradas según la definición del informe de 2010 del Programa Conjunto de Monitoreo de la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y de que más de 2,600 millones de personas no tengan acceso a servicios básicos de saneamiento [...]” (CjDH 2010: 2)

Como es obvio, dicho déficit trae trágicas consecuencias para la vida pues no solo se perpetúa el medio para impedir el desarrollo y generar la proliferación de enfermedades relacionadas a la carencia o uso de aguas contaminadas y falta de infraestructura sanitaria básica, sino más grave aún, la muerte se manifiesta de forma acechante. Segerfeldt lo resalta al indicar que “[l]a falta de acceso al agua provoca 12 millones de muertes al año, en otras palabras, por la falta de acceso al agua potable mueren 22 personas por minuto [...]” (Segerfeldt 2006: 28)

El agua así, representa un elemento fundamental para el desarrollo de la vida y como tal ha servido para la interrelación de las actuaciones humanas desde diferentes espacios económicos, sociales y culturales. En otras palabras, este elemento es transversal

temporal, espacial y funcionalmente a la vida de las personas desde tiempos inmemorables y desde diferentes facetas.

Por todo ello, no resulta sugestivo considerar la extraordinaria singularidad de este recurso por los beneficios, cualidades y aplicaciones inherentes a él; y ver justificado el rol central que las culturas le han dado a través de los tiempos. El agua nos sirve de principio a fin y hoy adquiere tal importancia pues el futuro de la persona humana depende, en gran medida, de las acciones que se tomen en relación a este recurso.

Una vez planteada la importancia que adquiere el agua en el mundo y haber determinado sus usos, concepciones y problemas es posible analizarlo con mayor claridad y tener un acercamiento jurídico adecuado al mismo. Su paulatino reconocimiento como derecho humano a la luz de tratados internacionales y normas constitucionales debe ser considerado para un tratamiento pertinente. A la par, el análisis de sus componentes económico, social y cultural como recurso natural resulta imponderable toda vez que con ello se le llega a comprender de una forma más integral en relación a su protección desde el ámbito jurídico.

En ese sentido, atendiendo el marco de la presente investigación, es necesario analizar el desarrollo que ha tenido el agua en el ámbito del DIDH así como desarrollar sus componentes económico, social y cultural.

1.2 Agua y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El objetivo que se plantea en la presente investigación es la identificación de los criterios y mecanismos que permitirían proteger jurídicamente el derecho humano al agua de las comunidades indígenas, desde su dimensión colectiva, a través de la Corte

IDH. Al realizar este planteamiento de manera general se puede objetar que se asume determinados presupuestos (tales como la condición del agua como derecho humano, su vinculación con las comunidades indígenas como derecho colectivo o su protección dentro del ámbito internacional, más concretamente dentro de la Corte IDH) los cuales sirven como parte de la fundamentación de los argumentos desarrollados en este trabajo. Por ello, a lo largo de la investigación es necesario desarrollar y analizar dichos postulados con el fin de demostrar que las líneas argumentativas y conclusiones a las que se llegue no son elecciones irracionales o del azar.

En ese sentido, para asistir a la protección del agua como derecho humano desde su dimensión colectiva; es decir construir una propuesta jurídica para su exigibilidad ante la Corte IDH resulta necesario observar la viabilidad, coherencia y pertinencia de i) fundamentar la validez y existencia del agua como derecho humano ii) su correspondencia como derecho colectivo respecto de las comunidades indígenas y iii) la posibilidad fáctica y jurídica de su protección en el órgano internacional mencionado. Tal como fue establecido en la parte introductoria, ello es en síntesis de lo que versa la presente investigación y de lo que nos ocuparemos a lo largo de los capítulos de este documento.

Al hablar del agua como derecho humano es necesario sustentar sobre qué base teórica se realiza su fundamentación y si se justifica su exigibilidad jurídica, de lo contrario queda inerte ante la formulación de posturas contrarias. Ello consecuentemente ayudará tanto a su comprensión como defensa para el cumplimiento de los deberes generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

1.2.1 Agua: Naturaleza Jurídica y Aproximación a los Derechos Humanos

Hacer una exposición sobre los debates y posiciones filosófico-jurídicas respecto de la fundamentación de los derechos humanos va más allá de los alcances de la presente investigación. No obstante, resulta útil precisar algunos conceptos que se utilizarán como respaldo a las líneas argumentativas que se construyan en relación al agua como derecho humano desde la perspectiva de las comunidades indígenas.

La ventaja de la aproximación a la problemática del acceso y uso de agua en general, y en relación a los sistemas propios de las comunidades indígenas en particular, desde un enfoque de Derechos Humanos²² permite aceptar la existencia de un derecho al agua consustancial al ser humano, no solo desde un acercamiento en la formulación e implementación de políticas públicas relacionadas al agua, sino para convertir la diversidad de conflictos y entrapamientos existentes en situaciones jurídicas que permitan la protección, respeto y exigibilidad del derecho tanto internacional como dentro de la jurisdicción nacional de los diferentes Estados, en este caso partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Esto se basa en la confluencia del respeto y promoción del concepto, siempre complejo e inacabado de derechos humanos, aplicado a las formas de desarrollo de la humanidad, lo que se traduce en una expansión de libertades y capacidades de los individuos para su bienestar, en forma individual y comunitaria. Por tanto, la exigibilidad de dicho derecho en tanto derecho humano, debe provenir del planteamiento de una obligación jurídica del Estado generada por los instrumentos internacionales de derechos humanos, sus constituciones políticas y las interpretaciones jurisprudenciales que se desprendan de

²² Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos este enfoque “es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo y corregir las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo” (OACDH 2006: 15)

ellos. Esto se diferencia de un enfoque utilitarista, en la que el Estado desarrolla una acción asistencial en base a necesidades.

La evolución y reconocimiento que han tenido los derechos humanos hasta la actualidad, y con ellos la formación de una rama del Derecho Internacional denominada Derecho Internacional de los Derechos Humanos, parte de siglos de discusión, reflexión y luchas sociales. Particularmente es a partir de la segunda guerra mundial que se pone mayor énfasis e interés en este tema de manera global, siendo en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se sedimenta un hito fundamental de su historia. No obstante ello, sus orígenes y conquista progresiva se remontan muchos siglos atrás; a través diversas concepciones religiosas²³, el renacimiento, la revolución inglesa del siglo XVII hasta revoluciones como la americana y francesa del siglo XVIII principalmente²⁴. Entonces, el desarrollo de los derechos humanos no se trata de una construcción inerte o estática, por el contrario la historia nos muestra una continuidad en el debate y pugnas respecto a ellos, siendo su desenlace no siempre el más feliz. En palabras de Faúndez: “[m]ás allá de sus aspectos normativos los derechos humanos son el producto de las luchas políticas y dependen de factores históricos y sociales, que reflejan los valores y aspiraciones de cada sociedad” (Faúndez 2004: 2)

²³ Recordemos por ejemplo, la Declaración *Dignitatis Humanae*, aprobada en el Concilio Vaticano II; o la encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII cuyo numeral 9 declara que: “En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto”. Para un mayor análisis ver “Fundamentos teológicos de los derechos humanos” en: Zagarra 2006: 45-85.

²⁴ Al respecto Jeffrey Klaiber, en su artículo titulado “Derechos Humanos: una visión histórica” revisa los momentos claves de la historia de los derechos humanos entregándonos un texto bastante ilustrativo. Cfr. Klaiber 2006: 11-43.

Esta construcción se origina en un largo proceso a través del cual se promovieron el reconocimiento y con ello, el respeto y protección, de ciertos principios morales o valores como derechos derivados de la dignidad de la persona humana. Precisamente, los abusos y violaciones hacia el género humano por parte de quien detentaba el poder motivaron el surgimiento de medidas para frenar su actuación omnímoda, arbitraria y déspota, configurándose paulatinamente las bases de lo que serían los sistemas democráticos sobre el absolutismo²⁵.

En esa línea de ideas la Corte IDH en reiteradas oportunidades ha manifestado la estrecha relación e importancia que adquiere el concepto de derechos humanos con el sistema de organización política, donde adquieren sentido y plena protección. Así:

“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”²⁶ (Corte IDH 1987a: párr. 26)

Uno de los grandes pensadores liberales como Jonh Locke, por ejemplo, en el siglo XVII refería la idea de que “existe un estado natural que precede al estado civil, que es una creación humana. Por lo tanto los hombres tienen derechos naturales y los gobiernos existen para proteger estos derechos” (Klaiber 2006: 21). De esta forma se

²⁵ Ibíd. Adicionalmente, como importantes antecedentes y conquistas en materia de derechos humanos podemos mencionar por ejemplo, la Carta Magna de 1215, el Bill of Rigths de 1685, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789 o la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

²⁶En ese sentido ver también: Corte IDH 1987b: párr. 35, Corte IDH 1993: párr 31 y Corte IDH 2005a: párr. 191

fue abriendo paso para considerar al hombre como ser libre y racional en tanto centro y fundamento del Derecho, por lo tanto destinatario de su protección frente a los excesos del poder público. En otras palabras, el Derecho, como ordenamiento jurídico, comienza a reformularse para ser el medio por el cual coexistan los seres humanos como seres libres de forma pacífica y ordenada, cuestionando los postulados totalitarios que dominaban en las sociedades de ese tiempo.

Aunque parezca pleonasmo decirlo, y resulte evidente de su formulación, el concepto de derechos humanos se erige como instrumento cuya destinataria es la persona humana. En ella es donde se ve justificada la existencia y desarrollo de aquellos. Las normas que surgen a partir del concepto de derechos humanos se fundan concretamente en el respeto y protección de su dignidad intrínseca²⁷, por ello dichos derechos en esencia protegen las condiciones básicas para que las personas puedan gozar una vida en condiciones de dignidad. Siguiendo a De Trazegnies:

“[...] los derechos humanos son una conquista de esa modernidad; son la mejor cara de esa modernidad. Constituyen así una parte de la modernidad que puede –y debe– ser heredada por la posmodernidad. Los derechos humanos son esa parte interesante de la modernidad respecto de la que no debemos dar marcha atrás: son conquistas de la libertad y de la

²⁷ Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos refiere: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (ONU 1948); el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al unísono ratifica que: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad (...)” (IX CIA 1948) o el artículo 1 de la Constitución Política peruana de 1993 que manifiesta: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Perú 1993) Para una revisión sobre la dimensión de la dignidad de la persona humana como eje central en el constitucionalismo ver: Landa 2002: 109-138.

dignidad del hombre.” Agrega: “[...]la posmodernidad tiene que construirse sobre la base de un zócalo común; y, encima de ese zócalo, una diversidad cultural. Creo que ese zócalo común está constituido por los derechos humanos, a pesar de todo lo vago e indefinido que esta noción implica” (De Trazegnies 1999)

La dignidad entonces condiciona la generación de mecanismos y garantías para su protección. Esto quiere decir, siguiendo a Häberle, que la dignidad se convierte en:

“[...] portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva; que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía” (Landa 2002: 112)

Ello nos lleva a sostener que los derechos humanos son patrimonio común de la humanidad basados en la dignidad de la persona, lo cual ha contribuido a reconocer como normas imperativas o de *ius cogens* a los postulados generales que los inspiran, por tanto oponibles como obligaciones *erga omnes*²⁸ a los Estados - superando la visión voluntarista de estos dentro del Derecho Internacional-. La comunidad internacional ha

²⁸ Hace cuatro décadas la Corte Internacional de Justicia, dio las primeras indicaciones al respecto en el célebre caso Barcelona Traction. En el obiter dictum de su sentencia manifiesta: “[...] In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character” (ICJ 1970: párrs. 33 y 34)

realizado un extenso desarrollo normativo reconociendo esta dignidad intrínseca, desde las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, el desarrollo en sus convenios internacionales y declaraciones de sus órganos, como las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo.

Entonces, la dignidad de la persona humana no solo permite delinear los límites al actuar del Estado y la sociedad sino que se comporta como valor ético-jurídico que alimenta y fundamenta el contenido de los derechos humanos tanto filosófica como jurídicamente. Al ser soporte de la estructura de principios comunes y compartidos por las sociedades tiene la condición de universal e inderogable. Por ello, “no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además esos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano” (Landa 2002: 113).

Al margen del viejo debate entre positivistas y iusnaturalistas²⁹ sobre la fundamentación de los derechos humanos, la existencia formal como material de estos es una realidad innegable en la actualidad, lo cual se ve reflejado en la diversidad de tratados internacionales firmados y ratificados por los Estados sobre la materia, en las Constituciones políticas de los mismos y en la interpretación y análisis que de ellos hacen los órganos internacionales de derechos humanos, las cortes constitucionales y jueces ordinarios en general, como marco para su protección, respeto y garantía.

Al sostener que los derechos humanos tienen como punto de referencia al ser humano y su dignidad, se sostiene que estos siempre tendrán un carácter fluido y dinámico, por

²⁹ Al respecto, Norberto Bobbio realiza un análisis detallado sobre los contenidos y términos relacionados a la disputa entre los partidarios del iusnaturalismo y los defensores del positivismo jurídico en su obra “El problema del positivismo jurídico” (Bobbio 1965)

tanto serán un producto abierto e inacabado sustentado en la dignidad de la persona humana y las condiciones del devenir histórico que los hagan surgir. Es decir, al tomar conciencia de dichos derechos en cuanto exigencias ético-valorativas se presentará la necesidad de su tutela normativa y jurisprudencial, en tanto efectividad y seguridad jurídica para la protección del ser humano, tanto desde un plano nacional como internacional, siguiendo a Bobbio, “[l]a misión del jurista no es solo la de describir aquello que es derecho en una determinada sociedad, sino también interpretar el derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales” (Bobbio 1965: 61-62)

Entonces, un derecho (ya se origine, por ejemplo, en una necesidad básica, en una valoración moral, o en una reivindicación política) corresponderá al concepto de derecho humano en tanto derive del respeto y garantías básicas para una vida digna, condición inherente y consustancial al hombre. En cuánto categoría normativa y su consecuente exigibilidad jurídica, se desprenderá no solo de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico y las Constituciones fundamentalmente, sino de la interpretación y reconocimiento jurisprudencial que se dé a través de los órganos legitimados para ello.

Lo contrario fundamentaría el sometimiento y subordinación de los derechos y libertades fundamentales al poder político y económico, lo cual abriría espacio para acciones y decisiones totalitarias desvinculadas de la persona y su dignidad como sostén. El valor ontológico de la persona humana y su libre desarrollo social se verían seriamente limitados y en definitiva la estructura democrática como sistema de organización socavada³⁰. Se utilizaría lo que Landa denomina el “relativismo moral y la

³⁰ Landa refiere al respecto: “[...] como ocurrió en la Alemania nazi, se crearon las condiciones necesarias para que en el periodo de crisis política social y económica de la República del Weimar – mediante el uso de la legalidad de las medidas de emergencia- la voluntad autoritaria nazi se abriera paso fácilmente hacia un sistema dictatorial, utilizando flexiblemente la Constitución de Weimar como un instrumento más del poder total” (Landa 2002: 116)

neutralidad ética del Estado de derecho positivista” (Landa 2002: 115) sobre y en perjuicio del ser humano en tanto ser libre y coexistencial³¹.

Los derechos humanos, como categorías positivas, participan de la estructura misma del ser humano en tanto concretiza normativamente, dotándolos de seguridad jurídica, aquellos valores consustanciales a él, producto de las ideas preponderantes del momento, las relaciones de poder existentes y las condiciones que exijan su reconocimiento en base las condiciones de una vida digna.

En ese sentido, los derechos humanos pueden definirse como aquellos derechos que tiene todo individuo frente a los órganos del Estado para preservar su dignidad en tanto ser humano, no sólo excluyendo la actuación del Estado en esferas específicas de la vida sino asegurando determinadas acciones que reflejen condiciones para una vida digna³². Los conceptos, definiciones y contenidos de estos derechos irán desarrollándose y siendo precisados en función de los desafíos que las situaciones particulares y conflictos en la sociedad presenten; desarrollo que no debe ser arbitrario y a elección de los operadores jurídicos, en especial los jueces, sino bajo criterios coherentes con la evolución del Derecho Internacional, en particular en concordancia al principio *pro homine* aplicado a los derechos humanos. En esa línea Thomas Buergenthal, citado por Elizabeth Salmón, definiría al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como aquella rama jurídica encargada del “[...] establecimiento y promoción de los derechos

³¹ Fernández Sessarego manifiesta que: “[...] el sujeto de protección jurídica no es sólo un ser racional, volitivo y sentimental, sino un *ser libertad, coexistencial y temporal*, que se vale de su psique, de su cuerpo o soma, de los “otros” y de las cosas para realizarse como persona. [...] El “redescubrimiento” de la peculiar calidad ontológica del ser humano tiene un inmediato reflejo en el ordenamiento jurídico [...] se trata de un ser humano concebido en otra perspectiva que es diferente a la de ser sólo un ente dotado de racionalidad. El ser humano es más complejo y rico, por lo que no se reduce a su racionalidad, por importante que esta sea en su discurrir existencial.” Cfr. Fernández 2001: 13 y 14.

³² Cfr. Faúndez 2004: 5-6 y Landa 2002: 109-138

humanos y de la protección de los individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos” (Salmón 2006: 154)

Por esta misma razón es que el ser humano adquiere la condición de sujeto de derecho en la esfera internacional. Al ser titular de derechos y deberes reconocidos en los instrumentos internacionales nada impide su acceso legítimo (*legitimatatio ad causam*) a instancias supranacionales para la protección de sus derechos y libertades fundamentales frente al poder estatal³³.

De esta forma se flexibiliza el esquema rígido de la soberanía de los Estados y los conceptos positivistas del Derecho Internacional Clásico, construido a partir de intereses estatales³⁴ en tanto que el individuo deja de ser un simple objeto del ordenamiento jurídico y se manifiesta como su principal destinatario y protagonista, lo que según Piza R. y Trejos podría entenderse como una penetración de los derechos humanos en el Derecho Internacional³⁵. En sus palabras:

³³ Al respecto ver el desarrollo y análisis que realiza Cançado Trindade en el escrito “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos” (Cançado 2001: 5-39)

³⁴ Elizabeth Salmón lo recoge al citar a Frédéric Sudre: “En adelante, la soberanía ha sido detenida por derechos que pertenecen a otros sujetos de Derecho distintos de los Estados: el Derecho internacional ha evolucionado de un Derecho interestatal, elaborado en función de los intereses del Estado, a un Derecho supraestatal, encargado de asegurar en nombre de valores comunes y superiores a los Estados, la protección de intereses Infra-estatales (aquellos de los individuos que viven bajo la autoridad nacional)” (Salmón 2006: 156)

³⁵ Cfr. Piza R. y Trejos 1989: 25-60

“Con el DIDH [Derecho Internacional de los Derechos Humanos], lo cierto es que hay un titular de derechos ante el Derecho Internacional [...] que ya no es el Estado sino el ser humano, el ser humano en sus diferentes dimensiones, es decir como individuo aislado, o como miembro de colectividades menores o inferiores al Estado [...]. Y esto es así, porque para el DIDH, el ser humano no es sólo el beneficiario último de sus normas [...] sino que además tiene la titularidad activa directa que se refleja en su “legitimidad” para poner, por sí mismo, en funcionamiento el sistema de protección de derechos humanos” (Piza R. y Trejos 1989: 49)

En este sentido, a través del desarrollo del DIDH se otorga a la persona plena capacidad procesal de vindicar estos derechos y libertades fundamentales (v.gr *locus standi in iudicio* ante la Corte IDH y *ius standi* ante la Corte Europea de Derechos Humanos) sin la cual dicho reconocimiento se vería debilitado³⁶. Así, según Carrillo: “[...] el ser humano ya no puede ser considerado como un mero objeto del orden internacional pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el Derecho Internacional contemporáneo una obligación de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto” (Carrillo 1999: 135)

Lo anterior no hace sino hacer referencia al sentido formal como material de los derechos humanos, en tanto carácter universal³⁷, desprendido de su noción filosófica y

³⁶ Así lo habría delineado Piza Escalante hace más de dos décadas: “El principio de que únicamente los estados son sujeto del Derecho Internacional, a lo más junto con entidades semejantes asimiladas a ellos, como la Santa Sede [...] ha tenido que ceder ante el hecho de que, no sólo el hombre es sujeto de derecho internacional de los derechos humanos en sentido sustancial [...] sino que lo es también en sentido procesal, como titular de un poder de accionarlos, inclusive jurisdiccionalmente [...]” (Piza R. y Trejos 1989: 45)

³⁷ Al respecto observar los trabajos: “Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales” de Héctor Gros Espiell, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cfr. Gros 1998 y “América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos” de Elizabeth Salmón. Cfr. Salmón 1999.

como categoría jurídica propia del Derecho positivo³⁸. Por ello, y siguiendo a Faúndez: “[...] pretender que los derechos humanos son simplemente una exótica innovación en el campo del Derecho Internacional, equivale a no comprender sus verdaderas dimensiones ni el impacto de los mismos tanto en las sociedades nacionales como la sociedad internacional” (Faúndez 2004: 2)

Precisamente en los últimos años, aunque desde antes se dieran algunos avances y se fuera perfilando la naturaleza jurídica del agua como un derecho humano, se ha venido avanzando en el desarrollo de su contenido jurídico. Los cinco foros mundiales relacionados directamente a este recurso, las observaciones generales del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (CDESC) -en particular la número 15-, documentos oficiales internacionales así como sentencias internacionales y nacionales ligadas a la materia, por ejemplo, nos proporcionan lineamientos como guía para su desarrollo en relación a las comunidades indígenas, objeto de los planteamientos que se presentan en el presente trabajo.

³⁸ La teoría del tridimensionalismo ofrece un importante aporte para la determinación del concepto de derecho. De acuerdo a ella el “derecho” surge de la interacción de tres elementos: la vida humana social, los valores y las normas jurídicas. Según Fernández Sessarego: “[...] Ello es posible en tanto la persona es el único ser que vivencia valores y crea reglas reguladoras, consuetudinarias o legales, de conductas humanas en interferencia.

La aplicación de la concepción tridimensional del derecho permite distinguir en cualquier institución jurídica y, por consiguiente, en lo que concierne a la persona jurídica, la presencia simultánea y en recíproca exigencia de tres objetos que adquieren unidad conceptual mediante una dinámica interacción. Nos referimos, como se ha señalado en precedencia, a las conductas humanas intersubjetivas, en las que se despliega la dimensión coexistencial del ser humano y que constituyen el dato sociológico-existencial, las normas jurídicas, que se erigen en el dato formal regulador de la institución, y los valores, que conforman el aspecto estimativo o axiológico de la misma y que le otorgan un sentido” (Fernández 1999: 63).

1.2.2 Reconocimiento del Derecho Humano al Agua

A nivel internacional, la primera vez que se reconoce de manera explícita la existencia del derecho al agua, fue en el Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua³⁹, en 1977 en Mar del Plata. Durante esta conferencia, los Estados declararon que “todos los pueblos, cualquiera sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas” (ONU 1977).

Posteriormente se han producido importantes precedentes⁴⁰, a través de declaraciones y tratados, emitidos en el ámbito de organismos internacionales, en los que se fue perfilando y concretizando aspiraciones para producir implicancias jurídicas y políticas relacionadas al acceso y uso del agua. Si bien el derecho al agua carece de un reconocimiento autónomo en tratados internacionales de derechos humanos, en tanto que los precedentes citados solo lo incluyen como elemento integrante de otros derechos fundamentales como la vida, salud o medio ambiente, se considera que el derecho al

³⁹ Este reconocimiento ha sido posteriormente reafirmado en el capítulo 18 de la Agenda 21 adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo en 1992.

⁴⁰ Al respecto ver: apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; los artículos 54 y 55 del Protocolo Adicional I, de 1977; los artículos 5 y 14 del Protocolo Adicional II, de 1977. Ver también el párrafo 18.47 del Programa 21, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1); el Principio N° 3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (A/CONF.151/PC/112); el Principio N° 2 del Programa de Acción, en Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

agua se presenta como un derecho humano emergente con validez contemporánea y trascendencia global que va adquiriendo mayor carácter de autonomía.

El hecho de ir reconociendo las implicancias del acceso y uso del agua como base para la realización de un nivel de vida digna demuestra los avances y tendencias en su configuración como derecho. Esto significa que el derecho al agua se presenta como un elemento indispensable para cumplir con el desarrollo de la persona humana, en paz y convivencia armónica, bajo principios de democracia y justicia⁴¹.

El CDESC es uno de los órganos que ha impulsado el desarrollo del concepto y contenido del agua como derecho humano, en tanto órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC), a través de su Observación General N° 15. Precisamente, uno de los instrumentos internacionales que puede ser utilizado para definir el contenido del derecho al agua y las obligaciones que de él se desprenden es el pacto mencionado y las observaciones generales que de él se hacen. Cabe destacar que resulta de gran importancia el uso y aplicación de dichas observaciones, aunque no sean jurídicamente vinculantes, en tanto representan declaraciones e interpretaciones autorizadas para procurar la sistematización de cada derecho humano y asistir a los Estados Partes para el cumplimiento de sus obligaciones y la aplicación efectiva del tratado. Respecto del derecho bajo análisis, este Comité declara que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos [...]” (CDESC 2002: párr. 1)

⁴¹ Al respecto revisar “The human right to water” publicado por el Banco Mundial. Cfr Salman y McInerney-Lankford 2004. En ese mismo sentido ver el informe defensorial: “Ciudadanos sin Agua: Análisis de un Derecho Vulnerado” Cfr. Defensoría del Pueblo 2005.

El CDESC, de esta manera, desarrolla el derecho al agua a partir del artículo 11⁴² y 12⁴³ del PIDESC relacionados al derecho a un nivel de vida adecuado, en tanto el agua representa una condición esencial para la supervivencia, y al derecho al más alto nivel posible de salud, como categoría indispensable para garantizarlo, respectivamente⁴⁴. Adicionalmente lo relaciona a los derechos a una vivienda y alimentación adecuadas, también contenidos en el artículo 11⁴⁵. El Comité se ha ocupado del examen del derecho humano al agua a través de los informes presentados por los Estados Partes, situación que ha permitido generar mayores acciones para el disfrute efectivo de este derecho según los estándares que el mismo Comité desarrolla en su Observación General N° 15⁴⁶.

En ese sentido, el CDESC declara que:

⁴² Según el Pacto: “Artículo 11.- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. [...]” (ONU 1966: art. 11.1)

⁴³ Según el Pacto: “Artículo 12.- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. [...]” (ONU 1966: art. 12)

⁴⁴ Cfr. CDESC 2002: párr. 3

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ En ese sentido, el CDESC en la formulación actualizada de directrices que hace para la presentación de los informes de los Estados Partes, con arreglo a los artículos 16 y 17 del PIDESC, incorpora la información que los Estados deberán entregar en lo relacionado a sus obligaciones respecto del derecho al agua para garantizar el respeto y protección de los artículos 11.1 y 12 del mismo tratado. De esta manera, armoniza el desarrollo que ha realizado en relación con la aplicación del Pacto, reflejado en sus observaciones finales, observaciones generales y declaraciones. Cfr. CDESC 2008a: párrs. 48, 49, 50 y 57.b. A modo de ejemplo, ver lo manifestado por este órgano para los casos de Angola e Israel en lo relativo al derecho humano al agua. Cfr. CDESC 2008b: párrs. 30 y 35; y CDESC 2010: párrs. 27 y 30.

“El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua.” (CDESC 2002: párr. 10)

El desarrollo que hizo el CDESC a través de dicha Observación General, y los precedentes mencionados anteriormente, han permitido avanzar en un mayor reconocimiento y concreción de dicho derecho en la esfera internacional. Tal es así que ocho años después de la aprobación de la Observación General relativa al derecho al agua citada, la Asamblea General de Naciones Unidas ha reconocido como derecho humano el derecho al agua potable a través de su resolución A/RES/64/292 emitida en la sesión de 28 de julio de 2010⁴⁷. En este sentido, la Asamblea General declara que: “[r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (ONU 2010: párr. 1).

En ese mismo sentido, en septiembre del mismo año el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de su resolución A/HRC/15/L.14⁴⁸, fortalece el fundamento jurídico sobre el que se asienta el derecho al agua afirmando que está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana. Seguidamente, reconoce que existen obligaciones de derechos humanos jurídicamente vinculantes a los Estados relacionadas con el acceso de agua potable y saneamiento⁴⁹. Posteriormente en

⁴⁷ Cfr. ONU 2010

⁴⁸ Dicha resolución complementa y reafirma sus resoluciones anteriores relacionadas a los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Cfr. CjDH 2010.

⁴⁹ Cfr. CjDH 2010: párrs. 3 y 8.

septiembre de 2011, el mismo Consejo recibe con agrado la compilación de buenas prácticas sobre el derecho al agua potable y a un saneamiento saludable, realizado por la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua y el saneamiento, Catarina de Albuquerque⁵⁰, y pone especial énfasis en exhortar a los Estados para que garanticen el contenido de este derecho⁵¹.

Precisamente, para profundizar en la protección jurídica que deben dar los Estados a este derecho resulta ilustrativo y pertinente observar los segundo y tercer informes anuales de la experta independiente Catarina de Albuquerque⁵², y el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento⁵³.

El segundo informe en mención se centra en aclarar las obligaciones de derechos humanos y las responsabilidades en el contexto de la participación de proveedores no estatales de servicios de agua y saneamiento. Al respecto se indica que en la evaluación de la prestación de servicios se debe determinar si ésta contribuye o no la realización de los derechos humanos, para el caso del derecho al agua se debe observar si se cumplen

⁵⁰ Cfr. Albuquerque, de 2011a. Mediante Resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 28 marzo de 2008, se nombra por un periodo de 3 años a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. Posteriormente, el 8 de abril de 2011, mediante Resolución 16/2, dicho Consejo prorroga el mandato de la experta en calidad de Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento por un período de 3 años. Cfr. CjDH 2008 y 2011a

⁵¹ Cfr. CjDH 2011b

⁵² Cfr. Albuquerque, de 2010 y 2011b.

⁵³ Cfr. OACNUDH 2007

con el respeto y garantía de su contenido, es decir su disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad⁵⁴. En ese sentido, se aclara que el Estado no puede eximirse de sus obligaciones de derechos humanos aún cuando sean actores no estatales los que prestan los servicios, por tanto el Estado sigue siendo el principal obligado en lo concerniente al ejercicio de derechos humanos⁵⁵, no obstante ello, los actores no estatales que presten el servicio deberán ejercer la debida diligencia para conocer el efecto real y potencial de sus actividades sobre la realización de derechos humanos⁵⁶.

Asimismo, el tercer informe de la Relatora “[...] se centra en la planificación nacional y local para la aplicación de los derechos al agua y al saneamiento” (Albuquerque, de 2011b: párr. 1). De este modo, aboga por un compromiso efectivo respaldado por recursos humanos y financieros, voluntad política e instituciones sólidas para su concreción, además de establecer los factores necesarios para lograr una planificación satisfactoria en la materia, como el acceso a la justicia, la distribución clara de responsabilidades y la no discriminación, entre otros⁵⁷.

Por su parte, en el informe de la OACNUDH mencionado *supra* se efectúa un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas al acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien el estudio no examina las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua para los medios de subsistencia o como recurso natural, en particular en relación con los

⁵⁴ Cfr. Albuquerque, de 2010: párr. 29. Sobre el contenido del derecho al agua ver CDESC 2002: párrs. 11 y 12. Ver también pie de página 60 *infra*.

⁵⁵ Cfr. Albuquerque, de 2010: párr. 18

⁵⁶ Cfr. Albuquerque, de 2010: párr. 26

⁵⁷ Cfr. Albuquerque, de 2011b: párrs.40 a 79

territorios indígenas⁵⁸, sí menciona que con arreglo a los principios de igualdad y no discriminación, para el caso de los pueblos indígenas puede ser necesario reforzar sus costumbres y tradiciones para garantizar su acceso al agua y protección de sus recursos hídricos naturales⁵⁹.

A partir de estas aproximaciones, si bien puede haber opiniones divergentes sobre el reconocimiento del derecho al agua como derecho autónomo, no se puede negar la existencia de obligaciones vinculantes a los Estados relacionadas con dicho derecho dada su estrecha relación con la realización de otros derechos humanos plenamente identificados. De este modo, una primera cuestión que se puede aseverar es la interconexión indispensable del derecho agua para el disfrute de numerosos derechos humanos.

Sin perjuicio de la construcción jurídica que se realiza en el tercer capítulo en la que nos remitimos al contenido de otros derechos por no existir reconocimiento expreso del derecho al agua, no debe escapar la consideración de sostener su carácter autónomo. Desde esta tribuna, y luego de la revisión previamente realizada, se puede considerar que si bien el agua como recurso representa base esencial para la concreción de otros derechos humanos como la vida, salud o a la participación en la vida cultural - explícitamente reconocidos- como tal representa un derecho con contenido propio, ciertamente relacionado y interdependiente con otros, pero claramente separable en aspectos sustantivos como su aceptabilidad, disponibilidad, calidad y accesibilidad⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. OACNUDH 2007: párr. 14

⁵⁹ Ibíd: párr. 24

⁶⁰ Lo adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar según las diferentes condiciones pero deberá estar destinado al respeto de la dignidad, vida y salud humanas. La disponibilidad se refiere a la continuidad y suficiencia que debe tener el recurso para los usos personales y domésticos; la calidad se refiere a la condición de salubridad que debe tener el agua, es decir no debe contener sustancias o microorganismos que constituyan una amenaza para la salud de las personas; y la accesibilidad se refiere

Afirmar lo contrario, es decir supeditar dicho derecho al contenido de otros derechos humanos, supondría correr el riesgo de no salvaguardar aspectos esenciales propios del derecho al agua limitándolo a la concreción de estos otros derechos; en otras palabras, no se permitiría retratar el significado particular que el mismo representa ya que no todos sus componentes se verían reconducidos con los otros contenidos jurídicos, situación que configuraría una pérdida en la proyección de su especificidad.

Esta afirmación, además, se ve reforzada por la plena identificación del derecho al agua con la noción de la dignidad antes expuesta, en tanto condición intrínseca de cada persona que debe ser respetada y garantizada. Es decir, en tanto la cuestión de la dignidad está presente en el goce del derecho al agua y este no queda plenamente incorporado en la protección de algún otro derecho humano por las características de su especificidad, sería necesaria su identificación como derecho con contenido propio y separable de los demás. Esto significa, a través de los avances jurídicos y políticos que se desarrollen, y especialmente en la dinámica de la evolución del marco de los derechos humanos, la posibilidad más concreta de su exigibilidad y un mayor grado de protección y garantía en la vida de la gente. Tal es el caso de la incorporación del derecho agua a los textos constitucionales de Bolivia⁶¹, Uruguay⁶² y México⁶³, como del reconocimiento jurisprudencial del mismo en Perú⁶⁴.

a cuatro condiciones superpuestas; a saber, debe existir alcance físico a las instalaciones y servicios de agua en toda la población, debe existir asequibilidad económica para no comprometer su disfrute, debe ser accesible a todos de hecho y de derecho sin discriminación y debe existir la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionadas al agua. Cfr. CDESC 2002: párrs. 11 y 12

⁶¹ El artículo 16 constitucional vigente al 2012 declara que: “Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación” (Bolivia 2009)

⁶² El artículo 47 constitucional vigente al 2012 declara que: “[...] El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales” (Uruguay 1967)

Esto recuerda la exposición realizada anteriormente sobre el surgimiento de un derecho en cualidad de derecho humano, el hecho de sostener que se reconozca el surgimiento y autonomía de un derecho humano no significa sostener la proliferación creativa de derechos que socaven la vigencia y respeto de los ya existentes; por el contrario, se sustenta que ante la necesidad de adaptarse a los cambios que en las sociedades se presentan, se debe evaluar la pertinencia del reconocimiento planteado para hacer frente a las amenazas que condicionan la dignidad de la persona humana. Más aún, cuando además el derecho se sustenta en la remisión a dispositivos de derechos humanos con la consecuente identificación de derechos y obligaciones de manera precisa.

Ahora bien, en lo concerniente a las poblaciones indígenas se debe prestar especial atención a las condiciones fácticas y legales en las que se encuentran dado que integran un grupo con dificultades materiales y formales para ejercer este derecho, asociado además a las diferencias culturales que poseen en relación a las poblaciones mayoritarias. Diferencias que deben entenderse y enfocarse de forma integral para el respeto efectivo de los derechos humanos como patrimonio universal de las personas. En ese sentido, siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, por ejemplo:

“The right to water is violated if governments fail to take adequate steps to safeguard the cultural identity of various ethnic or religious groups. Examples include the destruction, expropriation or pollution of water-related cultural sites by state or no-state actors, or the offering by state authorities of land titles to individual members of indigenous peoples when these peoples traditionally take a collective approach to using property and attendant water resources, thereby threatening the cultural

⁶³ El artículo 4 párrafo 5 constitucional vigente al 2012 declara que: “Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible” (México 1917)

⁶⁴ Cfr. TC 2007

identity and existence of the entire group” (Salmón y Villanueva 2008: 183)⁶⁵

La función e importancia del agua como derecho humano respecto de los pueblos indígenas, además, se coloca como forma de la lucha del ser humano por su libertad, leída en términos de emancipación sobre coacciones arbitrarias y de responsabilidad con la comunidad⁶⁶, en la medida que se inscribe como plataforma para el sustento y desarrollo libre de las personas y apunta a un uso sustentable del mismo en tolerancia y respeto a las diferentes culturas. Los primeros atisbos y consecuente discusión de este derecho se desarrollan en base a realidades históricas determinadas y como forma de garantizar la dignidad de la persona de acuerdo a los contextos y necesidades que emergen en las sociedades. Precisamente, tal como se delineó en el acápite anterior, los derechos humanos y en lo que nos ocupa el derecho humano al agua se fundan como condición para una vida digna de acuerdo al devenir histórico que se presenta, donde confluyen e interactúan diversas variables y situaciones políticas y sociales, las cuales motivan y desafían su construcción conceptual en el Derecho.

⁶⁵ En esa misma línea de ideas, el Segundo Foro Mundial de Agua llegó a la conclusión de que: “[...] habiendo examinado los documentos del Foro, las poblaciones indígenas y sus características y sistemas de valores, conocimientos y prácticas han sido ignoradas en el proceso de la Visión Mundial del Agua. La sesión concluye que hay necesidad urgente de corregir este desequilibrio en el pensamiento vigente por medio de la activa integración de las mujeres y hombres indígenas en las fases subsiguientes, empezando por el Marco de Acción” (Boelens 2007a: 49).

⁶⁶ Según Puntsch en su libro “Política y dignidad humana: Un camino Liberal” menciona: “La “libertad” fundamenta el derecho del individuo y limita los derechos de la comunidad frente a él. La “responsabilidad” fundamenta la obligación del individuo con la comunidad y limita sus derechos frente a ella. [...] Entonces, para adoptar cualquier decisión se ponderan previamente las expectativas individuales y las de la comunidad. No se ignoran los derechos del individuo a fin de imponer principios de ordenamiento autoritarios, ni tampoco se legitiman las pretensiones egoístas en detrimento de la comunidad” (Puntsch 1994: 12)

En este caso, los sistemas nacionales han desarrollado importantes reconocimientos en relación a los derechos de los pueblos indígenas⁶⁷; asimismo, el sistema jurídico internacional ha avanzado sustantivamente en la evaluación y estudio de los derechos humanos en general, y los pueblos indígenas en particular⁶⁸. A partir de allí es que se analiza las posibilidades de resolución de conflictos y las definiciones en materia de derechos humanos. Por medio de esta revisión podemos confirmar la naturaleza de derecho humano del agua al ser parte integrante de este cuerpo normativo internacional, aunque aún de manera emergente y algo difusa⁶⁹

Precisamente, el desarrollo y subsecuente toma de conciencia de los seres humanos respecto a las diferentes presiones y dimensiones componentes de los recursos hídricos incitan a su aproximación jurídica en tanto condición para el desarrollo de una vida digna y como instrumento para resolver conflictos latentes alrededor del mismo; en relación a las comunidades indígenas esta aproximación deberá respetar sus particulares modos de vida y concepciones del mundo haciendo una ponderación y conciliación objetiva junto a los demás intereses y derechos existentes. Esto se refleja en lo mencionado por el CDESC en su Observación General N° 15 como deber especial de los Estados respecto del derecho humano al agua, así estos últimos deben velar por que “[e]l acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua” (CDESC 2002: párr. 16.d).

No obstante lo anterior, pese a los modestos -pero no menos importantes- avances en la materia, es importante tener en cuenta las dificultades pasadas y actuales en el acceso a

⁶⁷ Cfr. Perú 1993: arts. 2.19, 89, 149 y 191 y Colombia 1991: arts. 7, 68, 171, 246, 286, 310, 329 y 330,

⁶⁸ Al respecto, ver decisiones de diversos órganos internacionales citados en el capítulo 3 *infra*.

⁶⁹ Cfr. Salmón y Villanueva 2008: 163-194.

espacios de diálogo y debate sobre el tema, para así definir mejores estrategias con el fin de eliminar la recurrencia de abusos y violaciones a los derechos y libertades fundamentales de los indígenas e ir consiguiendo de forma más efectiva el respeto y garantía a sus prácticas culturales y espirituales en conexión con el agua así como el uso y decisiones que tengan sobre él. En definitiva, es necesario tener en cuenta ese rol transformador, en este caso para los pueblos indígenas, de los derechos humanos que de alguna forma lo esbozó la revista “The Economist” a fines del milenio pasado a propósito del 50° aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

"[...] Human rights have undeniably been widely abused, and are still being flouted in many parts of the world. Nevertheless, this survey will argue that human-rights law, for all its failures, has marked a genuine turning point in world affairs. It has had an influence on countries' behaviour in the past and could play a bigger role in the future. To make that admittedly difficult case, the best place to start is to see how human-rights law works in practice" (The Economist 1998)

1.3 Componentes económico, social y cultural del agua

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente definir y analizar los componentes económico, social y cultural del agua como parte de su contenido jurídico y su relación con la protección jurídica que se le pretende otorgar a través de un Tribunal Internacional en materia de Derechos Humanos. Esclarecer estos componentes facilitará una comprensión más completa del derecho al agua, dado que al tener en cuenta las implicancias que se generan en estos espacios las valoraciones realizadas para su protección jurídica serán más integrales y precisas.

Si bien la presente investigación no tiene por objetivo profundizar en una especificidad de variables económicas, sociales y culturales; en este acápite se ofrece un acercamiento a estos conceptos, en tanto los sistemas normativos no deben ser ajenos a estos campos, por operar en relación a ellos y afectarlos directa o indirectamente. Más aún cuando es

sobre materia de derechos humanos respecto de un recurso como el agua, tan valioso e importante para las sociedades.

En el presente trabajo se define al agua como un recurso vital y estratégico para los seres humanos, su desarrollo, integración y prosperidad; ello quiere decir que se presenta necesariamente como un bien cuya cualidad es la de fungir como elemento transversal y holístico a diversos aspectos y espacios de la vida humana. En otras palabras, dependiendo de los contextos, usos y demandas existentes, el cuerpo hídrico cumplirá determinadas funciones, las cuales generarán la atribución de determinados valores. En virtud de ello, el uso de dicho recurso representará la composición de diferentes espacios interconectados especialmente - económicos, sociales y culturales – que irán adquiriendo concreción a través de la forma en que el Derecho los regule y de los fenómenos que se pretendan describir, por ello la necesidad de tener una aproximación integral según las particularidades que se presenten en la realidad.

Si bien en principio los recursos hídricos son bienes naturales renovables, es decir el proceso físico-cíclico natural en que se produce el agua la dotaría de permanencia y estabilidad razonables, la constante presión desde diversos ámbitos sobre dicho recurso lo convierte en un bien sensible a su acceso, uso y gestión a nivel mundial, no exento de conflictos y defensas sesgadas sobre el mismo. En este sentido, lo primero que se debe manifestar es la relativa escasez que tiene el agua en términos generales, escasez que se lee por ser un recurso finito altamente vulnerable a su proceso de renovación natural por la intervención de las diversas actividades humanas. Al ser un bien limitado es posible de ser valorado económicamente con el fin de satisfacer las diferentes necesidades e intereses que surjan. Este primer acercamiento nos permite afirmar la existencia de un valor económico sobre el agua en tanto recurso natural.

El principio número cuatro de la Declaración de Dublín⁷⁰ sobre el agua y el desarrollo sostenible recoge esta afirmación de la siguiente manera: “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico”⁷¹ (CIAMA 1992: principio 4). Reconocer este componente económico es un primer paso para comprender las implicancias que se generan en su regulación jurídica ya que al momento de decidir los mecanismos de asignación del mismo se determina el esquema de reglas bajo las cuales dicho recurso natural será utilizado⁷². Esto incide directamente en su cualidad de derecho humano, toda vez que la determinación de las prioridades, destino y uso del agua limitará o permitirá, según sea el caso, el goce efectivo del contenido protegido jurídicamente por el derecho bajo análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, omitir el valor social y cultural que también posee el agua en la evaluación o política que se implemente, implicaría darle un tratamiento parcial, lo cual resulta peligroso por la confianza irrestricta que se pueda otorgar a un único enfoque, dejando de lado las posibles consecuencias y repercusiones que tiene en otros

⁷⁰ Esta Declaración se adoptó como parte de una reunión técnica previa a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que se desarrolló en Río de Janeiro en junio de 1992.

⁷¹ Al desarrollar dicho principio se manifiesta que: “En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.” (CIAMA 1992: principio 4)

⁷² Bajo una lógica de economía política en sentido liberal, por ejemplo, al considerar al agua como un bien escaso se requeriría el otorgamiento de derechos de propiedad sobre el mismo con el objeto de crear un esquema de incentivos sobre los titulares del derecho, de manera tal que se promoviera el uso eficiente del bien y la internalización de las externalidades que puedan producirse. Bajo este modelo, además, estos derechos de propiedad deberían estar insertos en una lógica de libre mercado para llegar a sus usos más valiosos.

campos. Por ello, es propicio resaltar lo expresado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) al mencionar que: “la consideración del agua como un bien cultural debe entenderse como el reconocimiento de las diversas dimensiones socioculturales de la relación de las personas con el agua, como las relativas a la identidad, la herencia cultural y el sentido de pertenencia” (UNESCO 2009: 4)

Así, entendemos que la gestión que se haga del agua no solo debe enfocarse en términos de eficiencia económica, por el contrario entender además su significado social en tanto elemento estratégico para la vida de las personas, como sucede con las implicancias ambientales que pueda tener o la incidencia en las relaciones y estructuras sociales dentro de los mismos pueblos indígenas, así como considerar los valores culturales en él implícitos, permitirá valorar de mejor manera los efectos que una determinada acción u omisión estatal tenga sobre dicho derecho, y por tanto si se viola o no en tanto derecho humano.

Resulta ilustrativo dar una revisión general a algunas experiencias para observar cómo se entrelazan estos componentes para la evaluación de su afectación como derecho humano, en especial en relación a las comunidades indígenas, motivo de la presente investigación.

1.3.1 Derechos de Propiedad y Mercado: El caso chileno

Resulta interesante observar el caso chileno, país reconocido a nivel mundial por otorgar propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de agua que se den a los particulares. El modelo implementado en Chile, desde inicios de la década de 1980 a través del Código de Aguas, se ha enfocado principalmente en la creación de un mercado de aguas, su fortalecimiento a través del reconocimiento constitucional de la

propiedad privada sobre la concesión del uso del agua; y la consecuente limitación de la intervención y poder regulatorio del Estado⁷³.

El argumento seguido es que las normas legales deben favorecer las operaciones de los particulares en el mercado ya que este incrementa la eficiencia económica al destinarse el recurso a sus usos más valiosos a través de un proceso de intercambio y transacciones libres. Esto es viable a través de la información que surge a través de los precios de mercado que facilitan la comparación y la coordinación de datos dispersos⁷⁴.

En virtud de ello, el cuerpo normativo chileno enfatiza los derechos de propiedad privada respecto de los usos del agua con el fin de generar mayor seguridad jurídica en el sistema; en tanto el sistema de mercado se inspira en los intercambios privados, los derechos de propiedad deben ser exclusivos, individuales y transables para asegurar un uso eficiente y mayores inversiones. Segerfeldt lo ilustra de la siguiente forma: “La introducción de derechos de propiedad comerciables y claramente definidos sobre el agua no sólo promueve una mayor eficiencia, sino que logra que el agua llegue a donde brinda el mayor beneficio económico, lo que genera una mayor prosperidad” Continúa diciendo: “Los derechos de propiedad del agua tienen un efecto muy positivo sobre su consumo y su protección. La posibilidad de comerciar ayuda a obtener el mayor rendimiento posible” (Segerfeldt 2006: 54 y 57)

⁷³ Cfr. Dourojeanni y Jouravlev 1999: 15-66; Dourojeanni y Berrios 1996: 6-14; Peña 2004: 13-24; Donoso 2004: 25-48; Bauer 2002: 57-80 y Gentes 2006: 255-284.

⁷⁴ Cfr. Bauer 2002: 16, en ese sentido Segerfeldt indica que “La privatización del agua en el mundo puede alcanzar muy buenos resultados, gracias a la disponibilidad superior de capital en los emprendimientos de negocios; la competencia, la eficiencia y el acceso a la tecnología de las empresas comerciales; y también a las empresas que funcionan por una ganancia motivada por fuerzas bastante diferenciadas de las que gobiernan a las autoridades públicas” (Segerfeldt 2006: 102) Para el caso cita algunos ejemplos dónde el operador de la distribución del agua potable se concesionó y los resultados de abastecimiento y calidad mejoraron. Cfr. Segerfeldt 2006: 83-103

La última parte del inciso 24 del artículo 19 de la Constitución Política chilena lo recoge de la siguiente forma: “[...] Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (Chile: 2005). A partir de este postulado el Código de Aguas chileno se centró en generar un mercado de derechos de agua enfatizando la necesidad de reconocer derechos de propiedad como forma de garantizar los primeros. De esta manera se lograría eficiencia en su asignación⁷⁵.

Es importante resaltar, sin embargo, que con el Código de Aguas de 1981 las aguas son consideradas originalmente como bienes públicos⁷⁶ sobre cuyo uso el Estado constituye derechos de propiedad. Esto quiere decir que una vez concluido el proceso de otorgamiento de derechos sobre el agua, el efecto de la propiedad sobre ellos hace que dicho bien se vuelva exclusivo del titular del derecho, optando por el mercado como medio para reasignarlo.⁷⁷

Se puede manifestar entonces que con este modelo se resalta y privilegia el valor económico del agua, asegurando la propiedad sobre él para su optimización económica.

⁷⁵ Cfr. Dourojeanni y Berrios 1996: 6; Bauer 2002. 57-80

⁷⁶ El artículo 5 del Código de Aguas de 1981 dice: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código” (Chile 1981: art. 5).

⁷⁷ En esa línea de ideas, la plena libertad en el uso del agua a la que se tiene derecho con dicho modelo hace posible que los titulares de los derechos puedan: “i) usarlos o no, y destinarlos a las finalidades o tipos de uso que deseen; ii) transferirlos en forma separada de la tierra, para utilizarlos en cualquier otro sitio; y iii) comercializarlos a través de negociaciones típicas de mercado (vender, arrendar, hipotecar, etc)” (Dourojeanni y Jouravlev 1999: 13). En la práctica entonces los derechos de aprovechamiento que se entregan corresponden a derechos de propiedad plenos sobre el recurso.

Según estudios realizados, dentro de las principales consecuencias que este tipo de regulación ha generado en Chile se encuentran la especulación y acaparamiento de derechos de agua – lo cual distorsiona los precios mediante controles monopólicos y desiguales negociaciones - la presencia de un poder privilegiado en el mercado de ciertos particulares titulares de derechos, y la existencia no solo de un uso inadecuado o no uso del recurso sino la generación de conflictos, el surgimiento de problemas sociales y la afectación del patrimonio ambiental y cultural, muchas veces irreversibles⁷⁸.

De lo anterior se debe tomar en cuenta que la constitución de derechos de agua y la transferencia de estos en el mercado podrían generar también efectos negativos a quienes no intervienen en la transacción por no formar parte del intercambio privado, así como efectos generales ambientales y afectaciones en la estabilidad social y cultural en las sociedades. Si bajo un régimen de asignación del agua como el descrito no se consideran los efectos que una determinada transacción *inter partes* o el uso que de este se haga ocasionen, se arriesga a que la sociedad sufra una pérdida de bienestar por los altos costos que representarían una asignación y uso errados y parciales de este tipo de bien natural.

Ahora bien, pese a que en el ordenamiento jurídico chileno los derechos locales e indígenas tienen cierto reconocimiento⁷⁹, este no ha podido resolver de manera

⁷⁸ Boelens 2007a: 59-60; Castro 2007a: 240-260; Gentes 2006: 255-284; Doroujeanni y Jouravlev 1999: 31-62 y Bauer 2002: 171-178.

⁷⁹ Las principales normas que se relacionan con el uso de aguas por parte de indígenas son i) la Ley N° 19.253, donde se protegen las tierras indígenas y sus recursos naturales, prohibiendo cualquier acción que los deteriore o amenace su agotamiento, de manera expresa establece que no se puede otorgar nuevos derechos de agua sobre acuíferos que surtan a las aguas de propiedad de comunidades indígenas. Cfr. Chile 1993; y, ii) la Ley N° 19.145 que modificó el código de aguas y protege los acuíferos que alimentan los bofedales de las regiones norte de Tarapacá y Antofagasta. Cfr. Chile 1992. Además se encuentra el

adecuada los conflictos y daños generados, ni tampoco proteger adecuadamente dichos derechos, básicamente por la denegación fáctica de la normatividad local indígena contra la valorización otorgada al agua como bien netamente económico. Según manifiesta Boelens:

“En Chile [...] los estudios empíricos de campo demuestran una desintegración, especialmente de los sistemas indígenas colectivos: la individualización de los derechos de agua ha incrementado la inseguridad y la desorganización [...] los derechos de toma de decisiones están ahora anexados al poder económico de compra de los individuos, [quienes tienen] más “acciones de agua” tienen más poder de decisión, lo que va en contra de los intereses colectivos de la gestión en las comunidades indígenas y campesinas” (Boelens: 2007a, 59)

Ingo Gentes, por ejemplo, en un estudio sobre la interacción de los derechos locales de agua indígenas con la legislación chilena concluye: “Los proyectos de transferencia de agua de sectores marginales a centros económicos, o la libre exploración de aguas subterráneas ignoran fronteras, costumbres, usos y daños socioambientales” (Gentes 2006: 278). Esto se refleja por ejemplo en la afectación de bofedales en el Parque Nacional de Lauca por la implementación de políticas de desarrollo agrícola sin atender a un marco integral y a la afectación de derechos de las comunidades aymaras asentadas allí o, por otro lado, los conflictos que enfrentan las comunidades qollas con diversos agentes en el uso de los recursos hídricos en el valle del río Copiapó, las cuales además enfrentan problemas de titularidad para acceder a sus tierras y aguas de uso ancestral, lo que genera la pérdida de sus derechos de aprovechamiento sobre las aguas de manera progresiva afectando sus actividades de subsistencia⁸⁰.

decreto ley N° 1.939 de 1977 que prohíbe la ejecución de proyectos contrarios a la conservación del medio ambiente y los ecosistemas. Cfr. Chile 1977.

⁸⁰ Cfr. Gentes 2006: 264-274

Asimismo, el ex Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, luego de su visita oficial a Chile anota que:

“La problemática del derecho a la tierra se complica en cuanto se refiere al acceso de los indígenas a los recursos del subsuelo y otros, como son el agua y los recursos del mar, partes esenciales de su economía de subsistencia y de su tradicional identidad cultural. Las distintas leyes sectoriales, tales como el Código de Aguas de 1981, a pesar de algunas reformas introducidas, facilitan y protegen la inscripción de derechos de propiedad privados sobre recursos que tradicionalmente han sido propios de las comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en la región árida del Norte, el acceso al agua es esencial para la vida de las comunidades campesinas aymaras, atacameñas y quechuas, pero con frecuencia se les niega ese acceso porque el recurso ha sido apropiado por empresas mineras. En la costa de la Araucanía, numerosas familias lafkenche ven reducido su acceso anteriormente libre a sus tradicionales recursos de pesca y productos costeros por la inscripción de extensas áreas de costa a nombre de huincas (es decir, personas no indígenas) de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Pesca en perjuicio de las comunidades mapuches” (Stavenhagen 2003a: párr. 26)

En ese sentido recomienda al Estado chileno que “[t]anto en la ley como en la práctica, deberán las comunidades indígenas tener acceso privilegiado a los recursos acuíferos y marítimos que necesitan tradicionalmente para su propia subsistencia por encima de intereses comerciales y económicos privados” (Stavenhagen 2003a: párr. 66)

Incluso pese a ciertos acercamientos jurisprudenciales⁸¹, la eficacia y reconocimiento de la existencia de una diversidad cultural y derechos de los pueblos indígenas se ven

⁸¹ El 2004, por ejemplo, la Corte Suprema chilena, resolvió el caso “Toconce v. Empresas de Servicios Sanitarios de Antofagasta, ESSAN S.A”, en donde reconoció la titularidad de derechos de agua a la comunidad indígena de Toconce sentando como jurisprudencia que la propiedad ancestral indígena sobre las aguas, derivadas de prácticas consuetudinarias, constituye dominio pleno. Según la Corte, el legislador “ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de las comunidades indígenas, exigiendo

obstruidos por la política dominante y la preponderancia del poder económico, los cuales irrumpen en la gestión comunitaria ancestral impidiendo una real participación de las comunidades en la toma de decisiones sobre los recursos hídricos, de esta forma se limita su autonomía e identidad cultural afectando su desarrollo como pueblos, además de provocar disminuciones de recursos para su subsistencia⁸².

1.3.2 Uso efectivo y beneficioso del agua: El caso de los estados del Oeste de los Estados Unidos

Por otro lado, es oportuno mencionar la experiencia en los estados del oeste de Estados Unidos de América por el parecido al modelo chileno en cuanto el uso de los incentivos de mercado para la asignación del recurso. En dicho país existe una larga experiencia en un sistema basado en el intercambio de derechos de agua a través del mercado. No obstante, en dichos estados rige el principio de uso efectivo y beneficioso del recurso, esto significa que para ejercer y mantener el derecho los titulares deben hacer un uso que se identifique y no se oponga al interés público⁸³.

sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión de uso del recurso hídrico” (Corte Suprema, 22 de marzo de 2004, Rol N° 986-03). Cfr. Gentes 2006: 271.

⁸² Por su parte Rodolfo Stavenhagen en su informe de visita oficial a Chile, como relator especial de naciones unidas concluye que: “A pesar del acelerado proceso de crecimiento económico del país, todavía existe una gran brecha entre la sociedad chilena en general y los pueblos originarios. Hace falta innovar en la creación de mecanismos de dialogo para la resolución de los conflictos interétnicos, con el propósito de lograr el reconocimiento efectivo de los derechos culturales, políticos y territoriales de los pueblos originarios. Estos reclaman incorporarse al país como beneficiarios y parte del desarrollo y no como víctimas del mismo [...]” (Stavenhagen 2003: párr. 53) Al respecto ver también Budds 2007: 157-174 y Gentes 2007: 175-198

⁸³ Getches, expresa al respecto: “El agua es legal e históricamente un recurso público. A pesar de que puedan perfeccionarse derechos de propiedad sobre su uso, el recurso se mantiene en esencia como

Doroujeanni y Berrios citando a Gould manifiestan:

“La incorporación del interés público en las transacciones que tienen lugar en el Derecho de Aguas de los estados del Oeste norteamericano, se expresa según Gould en la prevención por la autoridad administrativa de aguas que los efectos adversos de un uso (o no uso) del recurso recaigan en otros usuarios. Va más allá que los daños a terceros, aunque por supuesto los engloba[n]. Incluye efectos indirectos (como la repercusión social que en una comunidad podría tener la reasignación de un uso agrícola a uno minero por ejemplo) y efectos directos (como son los daños ambientales)” (Doroujeanni y Berrios 1996: 15)

Ahora bien, en atención al tema que nos ocupa, es importante destacar que en los Estados Unidos existe un reconocimiento legal a los derechos de agua de los pueblos indígenas. Sin embargo, dicho reconocimiento, en palabras de Getches, sigue siendo un “modelo imperfecto” y “ha producido más papel que agua realmente utilizable por ellos [los indígenas]” (Getches 2006: 227)

Desde inicios de la independencia, los derechos indígenas desarrollados en el ordenamiento jurídico estadounidense estuvieron enmarcados en la elaboración de las políticas nacionales del país, las cuales entraban muchas veces en conflicto dado que intentaban perseguir la integración de dichas comunidades, incluso reconociendo el derecho de ocupar y gobernar sus territorios, pero facultando una intervención amplia del Congreso para limitar y extinguir varios de sus derechos, esto ocasionó que dichas

público y los derechos privados son siempre incompletos porque están sujetos a las necesidades del interés público” (Doroujeanni y Berrios 1996: 21)

poblaciones fueran conminadas cada vez a espacios más reducidos, denominados reservas, por el proceso expansivo de los colonos⁸⁴.

Sin embargo, en 1908 es la Corte Suprema de los Estados Unidos quien emite la “doctrina de los derechos reservados de agua”, con el fin de asegurar una fuente suficiente de dicho recurso para la viabilidad de las reservas donde quedaban asentadas las poblaciones indígenas. Esta doctrina fue pronunciada en el caso *Winters v. Estados Unidos* respecto de la reserva indígena Fort Belknap en Montana, la cual dispuso que las comunidades pudieran utilizar el agua necesaria para cumplir con el propósito para los cuáles sus reservas fueron constituidas. No obstante, la situación de precariedad de dichas comunidades las lanzó a competir con los colonos en una clara situación de desventaja, tanto así que estos últimos apoyados por el gobierno federal construían represas o desviaban el curso de ríos afectando los derechos indígenas⁸⁵. Esto fue reportado por la Comisión Nacional del Agua en 1973 cuando expresó que: “[...] En la historia de la relación del Gobierno de los Estados Unidos con las tribus indígenas, su falla en proteger los derechos de agua indígenas para su uso en las reservaciones, sobresale como uno de los capítulos más penosos para ellas” (Getches 2006: 235)

Pese a la importancia de dicho pronunciamiento jurisprudencial, estos derechos indígenas dependen de un tejido de decisiones judiciales para que sean efectivamente protegidas en la realidad. El avance de esta construcción, en tanto perteneciente a un

⁸⁴ Getches lo ilustra de la siguiente forma: “Las Tribus de las Grandes Planicies, por ejemplo, fueron emplazadas en reserva[s] e informadas de que tenían que ceder sus vastos territorios de cacería extensiva para la colonización blanca. Más tarde, cuando los colonizadores también encontraron deseables las tierras reservadas, el Congreso adoptó un nuevo programa para quebrar las posesiones indígenas tribales y promover el cultivo individual. Este programa fue diseñado para asimilar a los indígenas a la sociedad dominante, al acabar con sus posesiones y actividades comunales. [...] Asumieron que así las tribus y sus culturas se irían disolviendo” (Getches 2006: 230)

⁸⁵ Cfr. Getches 2006: 234

sistema del *common law*, se irá logrando en atención a las particularidades de cada caso. Más allá de esto, se debe tener en cuenta que el mismo enfoque presenta situaciones conflictivas con otros usuarios del recurso en tanto que, al no determinarse los derechos de agua indígenas y al vincularlos en relación a políticas nacionales, se crean situaciones de inseguridad para los agentes externos tributarios de la misma fuente hídrica⁸⁶ y el proceso termina siendo “mediatizado por la influencia de factores extra-jurídicos” (Guevara 2009: 124)

Citando nuevamente a Getches:

“Aunque los derechos reservados de agua [en Estados Unidos] no pretenden proteger los valores culturales tribales, los usos del agua que se aseguran a través de ellos pueden de todas maneras promoverlos. Los sistemas de valores culturales a veces crean “demandas” de agua que pueden ser satisfechas a través de derechos de agua reconocidos por la ley” (Getches 2006: 251)

A modo de referencia, finalmente, podemos citar los casos de la Tribu Paiute del Lago Pyramid en Nevada o el sistema de acequias desarrollado en el sur oeste de los Estados Unidos, concretamente en Nuevo México y Colorado⁸⁷. Los derechos de agua de las comunidades indígenas, ya reconocidos a través de la doctrina desarrollada a inicios del siglo pasado, fueron adquiriendo significado y protección más efectiva luego de largas batallas legales ante tribunales, presiones ante los entes legislativos y estrategias de

⁸⁶ Cfr. Getches 2006: 235-251. El autor recoge que la afectación latente a derechos de personas no indígenas sobre el agua se refleja, por ejemplo, en la lucha de las tribus para hacer uso de sus aguas de acuerdo a sus demandas culturales, en algunos casos ello afectaría las inversiones de cientos de usuarios dependientes de la fuente hídrica perteneciente a la reserva indígena de la cual se beneficiaron por largo tiempo.

⁸⁷ Cfr. Wilkinson 2010: 213-222; Hicks 2010: 223-234 y Rivera y Martínez 2009: 311-330

articulación de sus derechos. El primer caso ilustra los conflictos de los usos tradicionales del agua ejercidos por la Tribu Paiute a través de la pesca y los usos competitivos articulados por la sociedad dominante. Estos últimos se relacionaban a proyectos de irrigación que desviaban y utilizaban aguas de la reserva indígena, causando efectos devastadores sobre la cultura y el sustento material de la tribu mencionada. En palabras de Wilkinson:

“The story of the Pyramid Lake Paiute Tribe in Nevada, US, illustrates the difficulty of enforcing legal rights to water by indigenous peoples who competes with non-Indian water users and must use the legal system of the dominant society. The struggle of these people has resulted in success, but only after decades of legal and political manoeuvring and nearly a century of being deprived of water.” (Wilkinson 2010: 213)

El segundo caso refleja como el uso tradicional del agua a través del sistema comunitario de acequias en Nuevo México y Colorado ha sobrevivido como instituciones sociales y civiles a través del tiempo, aunque en ambos estados se reguló los derechos de agua de distinta forma⁸⁸ y el enfoque oficial es el que prevalece⁸⁹; los recientes compromisos con las normas tradicionales -como forma de estructura de su identidad cultural y relaciones sociales- y la apertura formal de la opción de gestión

⁸⁸ Según Hicks: “In New Mexico, acequias are recognized as legal entities and as political subdivisions of the state; but they face continuing resistance when they attempt to give substance to acequia values in the regulation of water rights- In Colorado, formal legal status was never obtained, and the prevailing structure of water administration has found it easy to marginalize acequia institutions as relics of an earlier area” (Hicks 2010: 225 - 226)

⁸⁹ Según Rivera y Martinez: “ [...] Las leyes actuales consideran el agua, o los derechos del agua, como propiedad que puede ser comprada y vendida en el mercado; al mismo tiempo, estas leyes no reconocen los derechos colectivos de las comunidades, sino en cambio aquellos de los miembros individuales que las componen. El choque entre el valor comunitario del agua *versus* el valor como producto influye el discurso sobre el futuro del escaso suministro de agua en Nuevo México, y en el caso de las acequias, la supervivencia de la cultura basada en la tierra está en riesgo” (Rivera y Martinez 2009: 323)

local, permiten darle una revaloración y proteger la relación de este elemento con las comunidades indígenas. Por ello, según Rivera y Martínez:

“[...] las solicitudes para transferir agua a usos fuera de las comunidades de acequia a menudo se enfrentan a protestas de feroz intensidad por parte de los irrigadores de acequia. Desde la época del primer asentamiento, y como algo intrínseco al valor comunitario del agua en el periodo contemporáneo, la tierra, el lugar y la identidad son interdependientes y no se puede alejar uno del otro.” (Rivera y Martínez 2009: 324)

Agregan citando a Glick que:

“[...] [la defensa de la] protección de la cultura de acequia en Nuevo México y el sur de Colorado como una política de desarrollo viable, [es] importante para los derechos indígenas de pueblos tradicionales en todo el mundo y señala cómo esta dirección también reconoce su papel como depositarios del conocimiento local sobre el ambiente y la sustentabilidad agrícola” (Rivera y Martínez 2009: 329)

1.3.3 Políticas administrativas verticales: El caso peruano

Un panorama distinto se puede apreciar en el caso de Perú, aunque no en términos de garantía de derechos locales y prácticas consuetudinarias de las poblaciones indígenas respecto de los recursos hídricos, sino del modelo y enfoque oficial normalmente sesgados sobre el acceso, uso y transferencia de dicho bien natural. Como se ha venido exponiendo, acceder de manera segura y facilitar el manejo de los sistemas hídricos a las comunidades indígenas, en general resulta ser crucial no solo para su sostenibilidad material sino para su existencia como estructura social y cultural.

Durante los últimos 40 años el marco normativo relacionado a la política y gestión de dicho recurso se regía principalmente por la Ley General de Aguas, aprobada mediante Decreto Ley N° 17.752 en 1969, la cual fue derogada el 2009 por la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338. En esta se reafirma el carácter inalienable e imprescriptible en el dominio del recurso así como la ausencia de propiedad privada sobre él. A pesar de existir una gran pluralidad de realidades locales y un uso multifuncional del agua, la tendencia oficial negó dichas prácticas y prefirió guiarse por referencias predominantes aplicables a determinados intereses. Ello disoció la legislación formal con las realidades de los usuarios de agua y sus sistemas de gestión hídrica, lo que generaba conflictos e inaplicabilidad de las normas legales por no ser coherente con los distintos valores e intereses existentes en la sociedad⁹⁰. Al contrario de Chile y los estados del oeste de los Estados Unidos, el modelo de asignación utilizado en Perú con la Ley de Aguas de 1969 fue centralizado en el Estado y su poder de administración directa, limitando de manera restrictiva la capacidad de los agentes y usuarios de disponer y decidir sobre el recurso.

Desde la forma de poseer el derecho de aprovechar los recursos hídricos; los criterios de asignación del recurso -a través del Plan de Cultivo para el uso agrícola por ejemplo-; las tarifas y aportes; las transferencias en el uso del agua; y el tipo de organización de regantes se observa una disfuncionalidad entre la realidad y los cuerpos normativos⁹¹. Ello provoca afectación de la seguridad jurídica al no poder aplicar la compleja normatividad, la pérdida de derechos colectivos y de gestión autónoma sobre el recurso respecto de comunidades indígenas afectando su identidad, responsabilidades y estructura social; así como el recrudecimiento de conflictos por las respuestas poco adecuadas que los enfrente y den soluciones integrales⁹².

⁹⁰ Cfr. Guevara 2009: 113-122; 2008: 147-162; y 2007: 153-162

⁹¹ Cfr. Hendricks y Saco 2008: 139-146

⁹² Cfr. Boelens y otros 2006: 142 - 154

Por ejemplo, el caso de la comunidad de Cabanaconde, localizada en la parte baja del valle del Colca en la Región arequipeña, ilustra como las comunidades locales vieron afectados sus derechos con el desarrollo del proyecto Majes entre las décadas de 1970 y 1980. Dicho proyecto consistió en la canalización del agua de la sierra hacia la costa para volver productivas miles de hectáreas desérticas. Pese al compromiso y promesas de considerar a la población de Cabanaconde y otras comunidades que estaban al paso en el desarrollo del proyecto, este por el contrario, procedió a fomentar el desarrollo de problemas en el tejido social, cultural y ecológico de la comunidad, se disminuyó considerablemente el acceso y uso de sus recursos hídricos y se potenciaba cada vez más la existencia de una hambruna y mayor precariedad en la zona⁹³. Gelles relata que:

“[...] Durante una serie de secos, cuando el volumen del agua del río estaba ya extremadamente bajo, el plan Majes usó grandes cantidades de agua del río para sus operaciones sin permiso de la comunidad. Los canales y las terrazas fueron dañados por las vías del proyecto, mientras que los túneles subterráneos construidos por él también afectaron a las fuentes subterráneas de agua. Por causa de la sequía y el desatento uso de la escasa agua que quedaba en el río Majes, el área cultivada se redujo dramáticamente. Una petición enviada al Ministerio de Agricultura por la Comisión de Regantes el 18 de marzo de 1989 [expresaba que sus] terrenos agrícolas han disminuido en 80%” (Gelles 2007: 56)

Las actividades agrícolas y con ellas los sistemas de irrigación forman un escenario de interacción social y cultural en las poblaciones indígenas distinto al ámbito dominante oficial, las relaciones que se desarrollan a través de la gestión de este elemento identificadas, además, con celebraciones y costumbres locales, forman parte del soporte de la vida de dichas poblaciones. Esta estrecha identidad que los une con la tierra y el agua genera el reclamo para el respeto, la participación y el acceso físico de los recursos hídricos en sus territorios.

⁹³ Cfr. Gelles 2007: 52-57

El desinterés e indiferencia hacia dichas poblaciones como parte de la población nacional se refleja al no tomarlas en cuenta en el desarrollo de políticas públicas, iniciativas legislativas y proyectos de gran envergadura que afectarán considerablemente sus recursos y medios de subsistencia tanto como sus prácticas consuetudinarias culturales⁹⁴. En el Perú, esto se ha visto materializado de manera grave en el conflicto de Bagua, suscitado el 5 de junio de 2009, con un saldo de 33 vidas, situación que motivó la visita del actual Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas⁹⁵.

En relación a la serie de creencias y prácticas locales relacionadas al riego y los recursos hídricos en los pueblos indígenas, por lo general, estas establecen relaciones y

⁹⁴ De acuerdo a las recomendaciones entregadas al Estado peruano en el informe del CEDR en 2009, el comité “expres[ó] su preocupación ante los conflictos que puedan surgir como resultado de la falta de consenso sobre un proyecto nacional compartido por la sociedad peruana en la totalidad de su expresión multicultural y multiétnica, en particular en el ámbito de la educación, proyectos de desarrollo y protección del medio ambiente.

El Comité recomienda que el Estado parte lleve a cabo un proceso participativo e incluyente para llegar a determinar la visión de nación que mejor representa la diversidad étnica y cultural de un país tan rico como el Perú, puesto que una visión compartida e incluyente puede orientar el camino del Estado parte en sus políticas públicas y proyectos de desarrollo.” (CEDR 2009: párr. 41. 23)

⁹⁵ Según el relator: “[...] los canales tradicionales de denuncia, a través de los procesos democráticos representativos, no siempre responden adecuadamente las preocupaciones de los pueblos indígenas y a su frecuente marginalización del ámbito político mayoritario y estatal.[...]”

[L]a falta de un mecanismo para reivindicar los derechos legítimos de los pueblos indígenas a ser consultados o a proteger sus derechos de tierras y territorios, podría contribuir a que los pueblos indígenas se sientan sin opciones adecuadas para la defensa de sus derechos y, por ende, opten por la protesta social, que en algunos casos, podría resultar en la comisión de actos contrarios a la ley. Asimismo, observa que uno de los efectos colaterales de la criminalización de la protesta, en casos no justificados, es la creación de una dinámica que podría generar una falta de confianza entre los pueblos indígenas y las autoridades estatales, con efectos negativos sobre la convivencia y legitimidad democrática.” (Anaya 2009a: párrs. 49 y 50)

estructuras sociales y políticas así como procedimientos y sanciones en situaciones de conflictos entre los miembros de la comunidad. A pesar de constatar la toma de ventaja por miembros de forma individual en algunas situaciones, la regla es que el interés comunitario prima y se articula a través de las reglas locales⁹⁶.

Con el marco normativo recientemente aprobado⁹⁷, si bien se avanza en varios aspectos importantes, aun queda observar la operatividad, legitimidad y dinamismo que este representará en la realidad y la práctica cotidiana. Es importante rescatar el interés y la prioridad otorgada por dicho marco hacia un manejo integral del agua y por cuencas (como unidades geográficas en el ciclo hidrológico) y no por sectores, los cuales atomizan el recurso como si no existiesen diversos usuarios y diferente usos que dependen del mismo caudal o fuente hídrica⁹⁸; hacia el reconocimiento de los usos del agua en las comunidades campesinas y nativas haciendo explícito el respeto del Convenio 169 de la OIT⁹⁹; hacia el reconocimiento del recurso hídrico como bien

⁹⁶ Cfr. Gelles 2007: 47-61

⁹⁷ Al respecto ver Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, aprobada el 23 de marzo de 2009 y su reglamento, Decreto Supremo N° 001-2010-AG, aprobado el 23 de marzo de 2010. Cfr. Perú 2009 y 2010.

⁹⁸ Según el Principio 10 del artículo III del Título preliminar de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338: “El uso del agua debe ser óptimo y equitativo, basado en su valor social, económico y ambiental, y su gestión debe ser integrada por cuenca hidrográfica y con participación activa de la población organizada. El agua constituye parte de los ecosistemas y es renovable a través de los procesos del ciclo hidrológico.” (Perú 2009) Asimismo establece la creación del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos para conducir los procesos de gestión integrada y de conservación de los recursos hídricos en los ámbitos de cuencas; y dispone la creación de Consejos de Cuenca a iniciativa de los Gobiernos Regionales para planificar, coordinar y concertar el aprovechamiento sostenible del recurso en sus determinados ámbitos. Cfr. Perú 2009: arts. 9 y 24.

⁹⁹ Según el Principio 5 del artículo III del Título preliminar de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338: “El Estado respeta los usos y costumbres de las comunidades campesinas y comunidades nativas, así como su derecho de utilizar las aguas que discurren por sus tierras, en tanto no se oponga a la Ley. Promueve el conocimiento y tecnología ancestral del agua.” (Perú 2009) Asimismo, reconocen los

social, económico, cultural y ambiental¹⁰⁰; hacia un mayor empoderamiento para el orden en el uso y aprovechamiento del recurso a través de una Autoridad Nacional como ente rector¹⁰¹; y hacia el orden y disposición de información relacionada a dicho recurso para facilitar su gestión¹⁰².

No obstante ello, no sería preciso afirmar que el nuevo marco normativo tiene correlato con la pluralidad real del uso y derechos asumidos por la diversidad de usuarios del agua; la duplicidad de funciones, contradicciones y vacíos generados en la práctica mantendrían los mismos problemas mientras los cambios realizados no surjan como parte de una reflexión integral y participativa de funciones y competencias que se plasmen en una institucionalidad dentro de la diversidad de realidades locales en el Perú, tarea compleja pero más democrática y representativa, aún más en procesos de descentralización como los que se desarrollan en este país.

mismos derechos a las organizaciones tradicionales que a las organizaciones de usuarios, el no menoscabo de dichas comunidades a través de la interpretación de la ley en relación a sus derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y un apartado específico para la intervención de las comunidades nativas de la selva sobre las aguas amazónicas. Cfr. Perú 2009: arts. 32, 64, 107 y 118

¹⁰⁰ Según el Principio 1 del artículo III del Título preliminar de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338: “El agua tiene valor sociocultural, valor económico y valor ambiental, por lo que su uso debe basarse en la gestión integrada y en el equilibrio entre estos. El agua es parte integrante de los ecosistemas y renovable a través del ciclo hidrológico.” (Perú 2009)

¹⁰¹ El capítulo 2 de la Ley de Recursos Hídricos, Ley N° 29338, desarrolla lo concerniente a la Autoridad Nacional del Agua. Así en el artículo 14 refiere que: “La Autoridad Nacional es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Es responsable del funcionamiento de dicho

sistema en el marco de lo establecido en la Ley”. (Perú 2009: art. 14)

¹⁰² El capítulo “X” del Reglamento de Ley N° 29338, Decreto Supremo N° 001-2010-AG, desarrolla lo concerniente al sistema de información de recursos hídricos. Cfr. Perú 2010

Esto fortalecería el uso del recurso dirigido a cumplir objetivos de sostenibilidad, eficiencia y equidad; además de utilizar un enfoque más adecuado atendiendo a los componentes económico, social y cultural del mismo, caso contrario se limitaría su administración integral y fracturaría la coexistencia de su uso múltiple y diverso, repercutiendo negativamente en su contenido como derecho humano.

1.3.4 Consideraciones finales

Los conflictos por los usos, significados y apropiación del agua, la toma de decisiones sobre el mismo y la participación en su gestión se ilustran en los casos analizados anteriormente en Perú, Chile, así como en los estados del oeste de los Estados Unidos. Si bien no es objeto de la presente investigación analizar los modelos teóricos políticos y económicos para la regulación de los recursos hídricos, entender y considerar los efectos de las normas jurídicas aplicables a la gestión del agua, en tanto los distintos valores y componentes que adquiere este, resultan necesarios para desarrollar el contenido del derecho al agua relacionado a los pueblos indígenas en materia de DIDH. La ausencia de dichas valoraciones en la construcción jurídica que se haga significaría desconocer los componentes que lo determinan, y por tanto la protección que se intente incompleta.

En las situaciones descritas dentro del análisis casuístico de los tres modelos presentados, se observa que la relevancia en las actividades y necesidades humanas; y, las relaciones de diverso tipo que se establecen en relación al agua, además del carácter multifuncional que posee, lo convierten en un recurso altamente estratégico y conflictivo entre sus demandantes. En lo atinente a las poblaciones indígenas se evidencian en todos los casos las amenazas a su derecho al agua por la ausencia de un acercamiento integral que tenga en cuenta los componentes descritos, incluso existiendo algún tipo de reconocimiento jurídico de las particularidades de ellas con dicho recurso natural.

Por ello, se puede afirmar que un enfoque parcial del agua produce no solo ineficiencias globales sino también afectaciones a derechos y libertades fundamentales en general, dependiendo de las externalidades y daños producidos. Si un órgano jurisdiccional no considera dichos componentes al evaluar la vulneración de tal derecho se generarían aún mayores posibilidades de afectarlo.

De los casos expuestos se desprende que el problema recurrente de implementar y crear en soluciones y modelos universales con perspectivas parciales en forma impositiva y vertical desconoce y deja de considerar los efectos en las personas y sociedades sobre las que se aplican, muchas veces lamentables y trágicos, y las contradicciones en que incurren al aplicarlas por no lograr entender las dinámicas y naturaleza de reglas locales, en este caso sobre la gestión del agua dentro de las comunidades indígenas. Como bien lo mencionó el CDESC :

“Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas [...]. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras” (CDESC 2002: párr 11)

Consecuentemente, creemos que el hecho de visibilizar las prácticas consuetudinarias y las relaciones sociales desplegadas en las comunidades indígenas, así como la toma de decisiones relacionadas al control de la gestión del agua en ellas, ayudarán a establecer una protección más efectiva de su derecho al agua además de propiciar un marco normativo que acerque oportunidades de crecimiento y desarrollo adecuados a su realidad. Esto no significa por ninguna circunstancia idealizar las prácticas allí desarrolladas, por el contrario estudiarlas de manera crítica y objetiva, sin

descontextualizarlas o fragmentarlas para la aplicación de algún modelo o política de desarrollo, resulta indispensable.

De lo hasta aquí analizado, si se dice que la forma en que se asigne y utilice el agua produce necesariamente efectos socio-económicos por la interrelación y vinculación del elemento natural con la vida humana y las diferentes formas de actividades productivas y culturales que se componen de dicho recurso; al considerar y evaluar las dinámicas de desarrollo y los diferentes elementos que intervienen en su regulación y protección jurídica se deben tener presentes sus componentes económico, social y cultural para ponderar los diferentes demandas existentes y derechos involucrados. Para las poblaciones indígenas los efectos de normas impositivas sin considerar sus esquemas y visiones particulares suelen ser devastadores afectando sus estructuras sociales, formas de relación económica e interdependencia cultural. Para entender esto, por ejemplo, se puede recurrir a Boelens cuando manifiesta que “[e] l agua en las comunidades andinas es frecuentemente un recurso extremadamente poderoso. [Es] a menudo un fundamento de las prácticas reproductivas, productivas, sociales y religiosas, y de la identidad local [...]” (Boelens 2007a: 51) Agrega que:

“[...]Sin embargo, las Leyes de Agua neoliberales (como la Chilena) o las políticas instrumentales verticales e impuestas (Como en Ecuador y Perú) no solamente han ignorado las formas de gestión indígenas y campesinas consuetudinarias, sino que han tenido consecuencias concretas, a menudo devastadoras, sobre la gente más pobre de la sociedad” (Boelens 2007a: 56)

En ese orden de ideas se puede concluir esta sección sosteniendo que es erróneo reducir el significado del agua a uno de sus componentes soslayando los diversos significados que las sociedades, especialmente los indígenas, atribuyen a dicho recurso, ya que, para ellas el agua no es un simple recurso natural, este:

"[t]iene dimensiones trascendentales en la estructura social e identidad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas. Por eso, los debates y las leyes que no tomen en cuenta los múltiples significados del agua y otros recursos pueden tener resultados nefastos en esos pueblos y comunidades y, de hecho, originan movimientos de oposición y resistencia" (Guevara 2009: 125)

Una vez sustentada la condición del agua en tanto derecho humano y habiendo observado las implicancias de sus componentes económico, social y cultural, particularmente respecto de los pueblos indígenas, en el siguiente capítulo se abordará el análisis y fundamentación de dicho derecho en tanto derecho colectivo de tales poblaciones a partir de la costumbre, como fuente normativa característica dentro de sus propias estructuras, y el DIDH.

CAPÍTULO II

PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHO AL AGUA

"Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros"

George Orwell (Rebelión en la granja)

2.1 Derecho Consuetudinario y Pluralismo legal

El derecho consuetudinario adquiere particularidad dentro de las poblaciones indígenas. La dinámica que acontece entre este y el ordenamiento jurídico estatal, además, nos proporciona herramientas para entender la vinculación de dichos grupos con el agua así como para explicar parte del escenario en el que nos encontramos para su protección jurídica internacional. Por ello, en la presente sección se desarrolla la costumbre como elemento sustancial en los pueblos indígenas, la importancia de entenderlo y la relación que se suscita con el sistema jurídico oficial.

La regla consuetudinaria se manifiesta como el necesario consentimiento de las partes obligadas a ella, esta se construye como expresión de compromisos entre diversos intereses articulando consensos y disensos de forma poco perceptible¹⁰³

¹⁰³ Cfr. Novak y Corrochano 2000: 95-97 y 99 - 100. Ver también Stavenhagen 1990: 27-34. Para Truyol: "La costumbre es la forma primaria de manifestarse la voluntad positivadora de una comunidad: se presenta como un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañados del sentimiento de su obligatoriedad. La repetición constante, el uso, es el elemento material y externo de la costumbre jurídica, pero no basta por si solo para constituirla. Para que

Así por ejemplo, en el ámbito del Derecho Internacional la costumbre comporta uno de los cuerpos más importantes que explica el origen y fundamento de muchas normas internacionales en la actualidad, generando verdaderas reglas generales para temas como la responsabilidad internacional, prácticas arbitrales, derecho humanitario¹⁰⁴, entre otros, considerándola así como un pilar fundamental y base del Derecho Internacional. Según Novak y Corrochano una de las características de la costumbre es que sea “la regla más dúctil, en la medida que se adapta fácilmente a los cambios y transformaciones que se suceden en el tiempo. Su composición y estructura general facilita su evolución y ajuste” (Novak y Corrochano 2000: 100)¹⁰⁵.

Ahora bien, la referencia al término costumbre jurídica o derecho consuetudinario que en esta investigación importa es la relacionada a las poblaciones indígenas, en cuanto actores principales de las prácticas tradicionales vinculantes a sus miembros abarcando situaciones varias como las relaciones familiares, los sistemas punitivos o de castigo o

la costumbre jurídica surja, es preciso que a la repetición se añada la convicción de que el comportamiento en cuestión es obligatorio y que, por consiguiente, no depende del arbitrio de cada miembro de la comunidad en particular” (Truyol 1977: 96-97)

¹⁰⁴ Para mayor análisis consultar la base de datos sistematizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario (DIH) con el objeto de proteger a las personas de los conflictos armados internacionales y no internacionales cuando existen lagunas y vacíos jurídicos convencionales. Cfr. ICRC 2010. En ese mismo sentido, para la versión publicada en español ver Henckaerts, Jean-Marie y Doswald-Beck, Louise 2007.

¹⁰⁵ Para Rodolfo Stavenhagen: “Con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante (positivo nacional), y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades. Resulta, entonces, que no es posible oponer tajantemente el derecho consuetudinario al derecho positivo estatal. De lo que se trata, más bien, es de un proceso dinámico y a veces contradictorio, de cambio legal y jurídico en situaciones de pluralismo legal” (Stavenhagen 1990: 34). Ver también Iturralde 1990: 59 y Dorotinsky 1990: 67-68

las prácticas espirituales y económicas, entre otras; es decir la legitimidad que su propio sistema normativo alcanza entre ellos y su relación con el sistema jurídico oficial y normalmente hegemónico proveniente del Estado.

Este derecho oficial, traducido en las legislaciones nacionales y el poder coercitivo del Estado para su cumplimiento dentro de su jurisdicción territorial, ha supeditado históricamente el derecho consuetudinario de las diferentes poblaciones originarias que pretendía dominar; es decir, ha existido una relación de poder en la que el primero largamente ha dominado al segundo, muchas veces a través de una imposición homogeneizadora violenta en perjuicio de las prácticas consuetudinarias indígenas¹⁰⁶.

Por ello, creemos que la importancia de reconocer y entender el derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas gravita no solo como deuda histórica hacia

¹⁰⁶ Uno de los puntos de referencia para el quiebre en la vigencia y legitimidad de las costumbres indígenas, especialmente en Latinoamérica, es la línea trazada por las expansiones coloniales, las cuales permanecieron de manera quizás más soterrada pero igual de dominantes luego de la formación de las Repúblicas, pretendiendo crear sociedades nacionales homogéneas. Según Juan Ossio: “Para los pobladores indígenas del Perú republicano ser iguales ante la ley ha significado muchas veces ir a la prisión por el simple delito de actuar de acuerdo a sus costumbres. Ello les llevó a perder el dominio de sus propiedades ancestrales y avergonzarse de su propia cultura por considerarla obstáculo para arribar al progreso y a la integración en los presuntos valores nacionales.” (Ossio 1994a: 41) Asimismo agrega: “[...] la agresión a la comunidad ha sido la nota constante a partir de la Conquista española. En el período colonial esto se manifestó en el abusivo uso de su mano de obra, a través de las mitas mineras, los obrajes, las encomiendas, con la reducción de sus tierras en provecho de la expansión del latifundismo, en la compra forzada de objetos, muchas veces inútiles, bajo la modalidad del repartimiento, en la extirpación de sus creencias religiosas, en la institucionalización del trato discriminatorio por la legislación indiana. [...] se dispuso de una institución, expandida por el Virrey Toledo en la segunda mitad del siglo XVI, que se conoce como la *reducción de indios*. A través de ella los indígenas fueron concentrados en pueblos, modelados al estilo ibérico, que posibilitaron el control del trabajo indígena, la tributación y la evangelización. Estas *reducciones* dieron origen a la forma, mas no al contenido, de las comunidades andinas contemporáneas y sirvieron de base para las políticas estatales que se sucedieron en el tiempo.” (Ossio 1994a: 73 y 74)

dichas poblaciones, sino que la modernidad y el estado actual de las naciones nos lo exige, especialmente a aquellas con poblaciones interculturales, multiétnicas y altamente diferenciadas. Lo anterior nos permitiría contribuir en la resolución de los conflictos extendidos que se suscitan como parte de sus reivindicaciones y aspiraciones dentro la estructura de los Estados-nación, como parámetro para lograr una mejor articulación de las políticas públicas implementadas por los poderes públicos así como para el fortalecimiento de una forma de gobierno democrática¹⁰⁷.

El contacto de las prácticas consuetudinarias con la acción estatal normalmente ha devenido en diversas formas de enfrentamiento, unas más visibles que otras. No obstante, durante este proceso las reivindicaciones en términos generales se tornan recurrentes, generando muchas veces tensiones por no producir mecanismos viables que tomen en cuenta formas adecuadas de canalizar dichas aspiraciones e intereses particulares. Estos conflictos se encuadran en la necesidad de adecuar el orden jurídico y político bajo una perspectiva plural que garantice la articulación de sus reivindicaciones y los reconozca como actores legítimos en la esfera pública¹⁰⁸.

Esto no quiere decir que se pretenda validar en abstracto y de manera objetiva todas las características intrínsecas a las formas de regular el comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas, sus mecanismos de organización y relación con su entorno; el trabajo de campo, el análisis empírico y el respeto en condiciones de igualdad de todos los actores resultan convenientes para generar propuestas integrales, inclusivas y eficientes respecto de objetivos que busquen compartir un mayor crecimiento y

¹⁰⁷ Para Rodolfo Stavenhagen: “[...]La vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y, por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas” (Stavenhagen 1990: 35-36)

¹⁰⁸ Cfr. Iturralde 2006: 239-250; 2004: 234-256 y Stavenhagen 1990: 28-46

desarrollo de las sociedades y mejorar la participación de las poblaciones indígenas en asuntos de su interés.

Por ello, no compartimos aquellas afirmaciones que pretendan establecer como imperativo categórico cierto virtuosismo y bondad de las prácticas consuetudinarias y envilezcan a toda norma exógena convencional, dado que estas situaciones construyen una dicotomía artificial y hasta peligrosa de ley “mala” y costumbre “buena” pudiendo fomentar corrientes violentistas vinculadas a intereses y consideraciones subalternas. Bajo este mismo énfasis, criticamos aquellas perspectivas que desprecien o nieguen los códigos propios de las poblaciones indígenas, tal como se ha venido haciendo durante siglos, amenazando y prejuzgando constantemente sus identidades como personas pertenecientes a pueblos distintos al dominarlas bajo actitudes discriminatorias muchas veces violentas¹⁰⁹.

Ambas situaciones lejos de coadyuvar al respeto y protección por los derechos y libertades fundamentales de todas las personas pertenecientes a comunidades indígenas, tienden a sacrificar la realidad, por mantener y salvar conceptos ideológicos, muchas veces anacrónicos, pero en todo caso todos siempre ajenos a las consecuencias en la vida e identidad de los indígenas. Sacrificio que suele ser capitalizado por caudillos redentores o miopes totalizadores que bajo el velo de la indiferencia buscan implementar medidas sin entender las disrupciones concretas en los pueblos indígenas y sin permitirles expresar sus propias consideraciones.

¹⁰⁹ Iturralde manifiesta: “Otra preocupación sobre este procedimiento se refiere a la introducción sistemática de cierto maniqueísmo en la valoración de la relación: normas-prácticas. [...] Esta operación está presente en muchas otras consideraciones del mundo indígena cuyas bondades se mitifican más allá de su eficacia y de su pertinencia sobre la base de la legitimidad de su origen. [...] Evidentemente este maniquismo se corresponde, como en un espejo, con las actitudes de signo inverso que han prevalecido durante siglos y que minusvaloraron y satanizaron ex officio, las prácticas culturales indígenas” (Iturralde 2006: 242)

Dicho ello, para efectos de la presente investigación válidamente se podría preguntar, por ejemplo, si con la imposición concreta de modelos e instituciones catalogados como modernos en relación al uso y acceso del agua, considerando sus especiales características, se amenaza su libertad e identidad como pueblos; o si al contrario mitificar sus propias costumbres coarta su integración a los cambios actuales limitando su desarrollo en términos convencionales, llegando a postrarlos como "museos antropológicos"¹¹⁰.

Antes de remozar esta polarización y sus efectos en los derechos humanos, es suficiente manifestar por el momento que vistas de manera purista y centralizadora ambas llegan a perder de vista la protección de los indígenas, como sujetos independientes y libres, al mismo tiempo que debilita la democracia como sistema de gobierno.

Es interesante observar, sin la necesidad de otorgar un juicio de valor a una u otra costumbre jurídica, que el enfoque que normalmente se ha dado al derecho consuetudinario indígena y, en realidad, a los indígenas como tales ya sea negándolos, desvalorándolos o discriminándolos ha llevado a una situación de exclusión de las poblaciones indígenas del conjunto nacional. La concepción de una etiqueta de "salvajes" o "primitivas" ha impedido una relación en condiciones de igualdad y ha diseñado y ejecutado políticas tomándolos como objetos de derecho y no como sujetos autónomos con derecho de participación en la sociedad¹¹¹. Siguiendo a Iturralde:

¹¹⁰ Al respecto Juan Ossio manifiesta: "[...] es trágico comprobar que muchos grupos amazónicos logran sobrevivir, no porque se respete su derecho a ser diferentes, sino porque se les ve como parte de un sistema ecológico que hay que preservar, para que el resto del mundo siga viviendo" (Ossio 1994b: 100)

¹¹¹ En ese sentido, a modo de ilustrar dicha práctica, podemos mencionamos por ejemplo la política asimilacionista en Australia implementada desde 1939 hasta 1972, la cual "[...] traería consigo la destrucción de la cultura aborígen al quedar ésta neutralizada en el proceso de absorción dentro de la

"[...] existen, y en muchos casos se han recrudecido, las actitudes y las prácticas discriminatorias contra los pueblos indígenas y otras sociedades diferentes; actitudes y prácticas que operan mediante prejuicios de carácter racial y estereotipos que minorizan (estigmatizan) a los diferentes. En la práctica la frontera de la identidad (principalmente de la identidad étnica) es reiteradamente dibujada como frontera racial, o por lo menos como un escalón inferior (anterior) en la evolución social.

[...]

Bajo las condiciones actuales, la discriminación racial y étnica forma parte de una nueva trama económica y política, diferente a las que las hizo necesarias en anteriores momentos de la historia. Hoy en día opera como un mecanismo para negar la diversidad étnica y cultural y conculcar los derechos que de ella se desprenden. Entre otros es negación de participar del proyecto nacional (su construcción y sus beneficios) desde las particularidades de cada pueblo, y ello ejerce un grado razonable de autonomía y retiene el control de los recursos y de los procesos sociales y culturales enraizados en sus territorios" (Iturralde 2004: 236 y 237)

sociedad blanca. Muchos aborígenes rechazaron ser integrados dentro de la sociedad mayoritaria, y puesto que se consideró que con esa actitud estaban “negando” la oportunidad a sus hijos de ser educados como australianos blancos, sus hijos fueron arrebatados a la fuerza para ser posteriormente enviados a instituciones donde aprenderían las normas de la sociedad blanca. Estos niños, a los que nunca se les permitió ver a sus padres de nuevo, son conocidos como la Generación Robada.” (Ross y Bigge 2009: 246). Del mismo modo podemos mencionar la política israelí en relación a los beduinos del Naqab quienes han sufrido duros embates a su forma y calidad de vida. Los beduinos del Naqab están entre los palestinos indígenas que permanecieron en Israel después de 1948. La mitad de los beduinos han sido desplazados de sus tierras y viven en poblaciones planificadas por el Gobierno israelí, la otra mitad vive aún en aldeas tradicionales que no son reconocidas por dicho Estado. Cfr. Abu-Saad 2009: 452 – 459. Para mayor detalle sobre la situación actual de los pueblos indígenas en el mundo ver Wessendorf (comp.) 2011 y Mikkelsen (comp.) 2010.

De este modo, la dicotomía entre derecho consuetudinario y derecho positivo, no supone afirmar una relación excluyente *per se*, de hecho la coexistencia de ambos, no exenta de conflictos, deberá ser canalizada de formas que respeten los derechos humanos así como el reconocimiento mutuo de su importancia. En ese sentido, la coexistencia y superposición de estos planos normativos, plenamente vigentes cuando se observa las estructuras y formas de relación de las poblaciones indígenas, cuestiona el discurso sobre el Estado como única y exclusiva fuente normativa. La imagen tradicional del Derecho es poco útil al concepto de una sociedad democrática mientras se construya sobre la base de un concepto errado, tal cual es la homogeneidad de la sociedad. Esto nos lleva al concepto del pluralismo legal¹¹².

Para los fines de esta investigación la importancia de este concepto radica en entender los efectos concretos sobre las comunidades indígenas al negar sus fuentes normativas. Entonces, analizar el entramado normativo de lo positivo y consuetudinario, que se complejiza en las sociedades culturalmente diversas, serviría como herramienta para tener un mejor acercamiento a los usos y valores que se tenga del agua en estos grupos, y con ello una determinación más precisa de cuándo se conculcaría el derecho colectivo al agua de una determinada población indígena. Para ello, resulta necesario realizar algunas aproximaciones conceptuales que sustenten la formulación que se plantea, aunque cabe precisar que el desarrollo y análisis del pluralismo legal como concepto de la antropología jurídica; y las oportunidades y dificultades que este representa en relación a las poblaciones indígenas excede el objeto de este trabajo¹¹³.

¹¹² Cfr. Boelens: 2007b, 17-2; Guevara, Boelens y Getches 2007: 27-36; Boelens, Zwartveen y Roth 2005: 1-15; Meinzen-Dick y Pradhan 2005: 237-253.

¹¹³ Si bien utilizamos el concepto de pluralidad legal en relación a las poblaciones indígenas y la existencia de estados multiculturales, el pluralismo legal puede ayudar a entender otras situaciones de interlegalidad. De hecho la formación e interacción de estos planos normativos no deben su existencia únicamente a la diversidad cultural; otras dimensiones sociales, políticas y económicas contribuyen a explicarlo. A manera de ejemplo podemos mencionar el trabajo que realiza Hernando de Soto a través de la exposición sobre la creación y reproducción de normas no estatales en la realidad informal

El pluralismo legal se enmarca en la necesidad de aceptar la existencia de diversos espacios donde las personas interactúan y establecen relaciones sociales, económicas y culturales bajo mecanismos e instituciones generadas de diversas formas, la vigencia y cumplimiento de uno u otro dependerá de las relaciones de poder existentes, las cuales bajo la expansión de un centralismo legal son asimétricas. Por ello, la *legalidad* indígena, se encuentra en constante competencia y transformación en relación a la hegemonía legal positiva desplegada, situación que por la multiplicidad de espacios debería ser analizada de acuerdo a cada contexto en específico, evitando así soluciones y conclusiones uniformes o apresuradas¹¹⁴.

Armando Guevara esboza la siguiente definición:

“El pluralismo jurídico consiste en la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos sobre las mismas situaciones sociales en un espacio geo-político determinado (e.g., Estado-nación, imperio, confederación). Basados en esta realidad, los teóricos de la pluralidad legal plantean una premisa central, a saber, que el derecho no es un monopolio del Estado. Por eso sostienen, en oposición a las teorías monistas que afirman la vigencia de un solo sistema legal en un espacio y tiempo determinado, que diversos “derechos” tienen vigencia social en forma simultánea y conflictiva. En rigor, esta pluralidad es una cualidad estructural de cualquier sociedad porque ninguna está completamente

latinoamericana. Cfr. De Soto 2000. Esta coexistencia y adaptación mutua también puede darse en sociedades con grandes flujos migratorios como Europa o Norteamérica, donde se configuran nuevas presiones y formas cambiantes del marco normativo por su nueva composición. Existen innumerables ejemplos donde los sistemas regulatorios estatales y no estatales se combinan e interactúan, la configuración de una amalgama de instituciones en el plano internacional público y privado no es la excepción, las normas de *ius cogens* y la denominada *lex mercatoria* son algunos ejemplos en ese sentido. De lo que se trata es acercarnos a entender la reconstrucción de estos órdenes sociales y sus efectos en las sociedades.

¹¹⁴ Cfr. Guevara 2009: 26-108. Ver también Sierra y Chenaut 2006: 27-58

subordinada a una sola fuente productora de derecho” (Guevara 2009: 64)

Frente a ello, es oportuno sostener que tanto costumbre como identidad indígena forman parte de un proceso permanente de resistencia-cambio y supervivencia cultural ante el derecho e intervención oficial, proceso en el que las adaptaciones, reinterpretaciones y reinvencciones que se presentan en estos espacios fruto del devenir histórico y las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales entre las personas, se han desarrollado desde una situación de subordinación y exclusión; antes que procesos voluntarios y libres producto de la interacción fueron resultado de las imposiciones sujetas a la coerción de las partes dominantes quienes por lo general siempre han encontrado “justificaciones” para avanzar en sus transformaciones y planteamientos de sociedad ideal¹¹⁵.

Visto así, la forma de control e imposición estatal sobre las normas jurídicas en la sociedad genera espacios en los que para las poblaciones indígenas es difícil ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones consuetudinarias, esto impide compartir una plataforma común que dentro de la diversidad permita un accionar jurídico de dichas poblaciones y un acceso a las instituciones oficiales.

En relación al acceso y uso de las fuentes hídricas, un accionar instrumentalista desde el centralismo legal como acto mecánico, afecta indefectiblemente el orden normativo consuetudinario de las poblaciones indígenas y la propia identidad de dichas personas como pueblos diferenciados¹¹⁶. El examen de su tutela a través del DIDH como forma

¹¹⁵ Cfr. Guevara 2009: 79-107

¹¹⁶ Cfr. Boelens 2007a: 48-65. Ver también Bruns 2005: 215-236

de estrechar puentes y abrir oportunidades para su propio desarrollo es una herramienta para abordar este problema.

La restricción de capacidades y libertades de los indígenas, directa o indirectamente por el Estado, como sucede con la negación de sus costumbres y particulares formas de vida, limitarán las posibilidades efectivas de acceso a la realización de sus derechos. *Prima facie*, permitir a las poblaciones indígenas afirmar sus propios mecanismos de regulación a través de sus costumbres comporta fortalecer su existencia y empoderarlos en el goce de sus derechos, es decir menos coerción estatal desde una concepción homogeneizadora y más tolerancia y diálogo entre los involucrados.

Las poblaciones indígenas no son eslabones arcaicos ni resabios de sociedades aisladas, sino pueblos actuales y dinámicos, generalmente limitados por una sociedad indiferente y un Estado monolítico, impedidos de articular sus intereses, puestos en un estado de vulnerabilidad por la discriminación institucionalizada y las condiciones históricas en las que han permanecido¹¹⁷. Precisamente, el planteamiento que desarrollamos en esta investigación respecto al derecho colectivo al agua apunta a acercar estas diferencias en lo que ha dicho tema corresponde, impulsando a los Estados a respetar y garantizar sus derechos.

¹¹⁷ En ese sentido: “Las culturas y tradiciones de los pueblos indígenas son dinámicas y responden a las realidades y necesidades de nuestro tiempo. Presentan un vasto espectro de formas de organización e instituciones diferenciadas. Algunos han retenido sus sistemas tradicionales jurídicos, sociales, administrativos y de gobierno, mientras otros han adoptado o se han visto forzados a adoptar nuevas instituciones y formas de organización.

A veces las sociedades indígenas son percibidas como estáticas y homogéneas, lo que supone erróneamente que si cambian o adoptan formas de organización diferentes podrían ser menos “indígenas”. Sin embargo, en realidad, las sociedades indígenas son multifacéticas y dinámicas” (OIT 2009: 50). Ver también CIDH 2009a: párr. 35.

Culminamos esta sección tomando algunas ideas desarrolladas por Douglas North sobre la importancia de las *instituciones* en el desarrollo de las sociedades. Si bien sus ideas están aplicadas a la comprensión de los cambios económicos, el estudio de factores para el crecimiento económico sostenido y la generación de mayores índices de prosperidad, considero que pueden ser útiles para explicar los procesos que ocurren cuando el derecho oficial¹¹⁸, que en los términos de North vendrían a ser las instituciones formales, ignoran las instituciones informales, grupo en el que para estos efectos se incluye a las costumbres indígenas; es decir sus códigos de conducta, acuerdos, creencias y formas de relación con su entorno.

Entonces, una de las principales ideas que nos proporciona el profesor es la existencia de un marco de instituciones formales e informales así como los incentivos y limitaciones que estas generan en el comportamiento de las personas. Para entender esto debemos precisar que:

“Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana [...]. Las instituciones pueden ser creadas como lo son las Constituciones políticas de los Estados; o bien evolucionar simplemente a lo largo del tiempo, como evoluciona el derecho consuetudinario” (Ortiz de Zevallos y Córdoba 2007: 38 y 39)

Dicho ello, se debe puntualizar que las instituciones formales no se encuentran encima de la dinámica social, si bien forma parte de ella y puede promover cambios, estos serán porosos y dúctiles mientras no tomen en cuenta las instituciones informales, la internalización de determinados postulados y su grado de adaptabilidad y

¹¹⁸ Dentro de este concepto se encuentran no sólo normas positivas tales como Constitución, leyes, decretos, jurisprudencia, sino también las políticas públicas, modelos y actos implementados desde el Estado dentro de una sociedad determinada.

vinculación¹¹⁹. Si como dice North, se afirma que “[e]stá bastante claro que nuestra capacidad para aportar un cambio radical depende de la forma en que un conjunto de creencias ha ido desarrollándose en la sociedad, y del grado en que un conjunto de creencias sintonizan con los tipos de cambios que creemos esenciales” (North 2007: 66) se puede concluir que la imposición de mecanismos y creencias oficiales que entran en conflicto con sus pares indígenas produciría un rechazo generalizado por parte de estos, convirtiéndose antes que mejores formas de convivencia y desarrollo, en desórdenes y violaciones contra dichos grupos. Por ello es que los sistemas normativos y los cambios que el ser humano produce en ellos deben ser vistos junto al contexto social en que se dan. Los procesos que hacen que las reglas generadas sean efectivas, respetando las diferencias existentes, está más cerca de las creencias y relaciones que las personas tienen en diferentes espacios que del papel jurídico.

En ese sentido, se puede tomar un ejemplo dado por la profesora Moore y citado por Guevara, en relación a la teoría del pluralismo jurídico, para ilustrar la idea mencionada. Este corresponde a los esfuerzos del gobierno de Tanzania para establecer el socialismo mediante la ley en el grupo étnico Chagga del monte Kilimanjaro. Según la profesora:

“Cuando se abolió la propiedad privada de la tierra, tanto el establecimiento de células de diez familias dirigidas por el partido de gobierno como la eliminación de las jefaturas étnicas se convirtieron en temas prioritarios de la agenda política nacional, pero el gobierno no había tomado en consideración la fortaleza de los espacios sociales semiatónomos de los Chagga. Pese a ser permeables a las fuerzas exógenas (gobierno colonial, nacional) nunca se han sometido del todo a ellas” (Guevara 2009: 38)¹²⁰

¹¹⁹ Siguiendo a North “[...] en Inglaterra, Europa y los Estados Unidos se ha desarrollado una estructura institucional en la que las normas informales de comportamiento, más importantes que las reglas formales, han permitido esa adaptabilidad en el entorno político” (North: 2007, 63)

¹²⁰ Ortiz de Zevallos y Córdoba dicen al respecto: “Pero lo más notable [] es la persistencia de tantos aspectos de una sociedad a pesar de un cambio total de las normas. La cultura japonesa sobrevivió a la

De lo anterior se puede desprender que mientras no se tenga en cuenta el derecho consuetudinario indígena, “*instituciones informales*”, las prácticas, políticas y modelos desplegados no cumplirán con los objetivos de su formulación y no serán necesariamente adecuados a las realidades donde se implementen, pues no serán comprensivos de las necesidades e intereses de dichas poblaciones. Como consecuencia las comunidades indígenas no se sentirán reconocidas en las normas o proyectos, pues se habrán ignorado sus propias lógicas, formas organizativas y principios culturales.

No se debe perder de vista que las disposiciones internacionales de derechos humanos, y en específico el Convenio N° 169 de la OIT como la DNUDPI recogen el derecho de los pueblos indígenas a retener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Dichas instituciones son las que conforman el sustrato de lo que significa ser un pueblo indígena y lo que permite diferenciarlos y distinguirse de los demás sectores de la población nacional¹²¹.

ocupación militar de los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial; la sociedad estadounidense posterior a la independencia de ese país surgió siendo muy parecida a la época colonial; judíos, curdos y muchísimos grupos han persistido a lo largo de los siglos pese a cambios incontables en situación formal. Incluso la Revolución rusa, quizá la transformación formal más completa que ha tenido una sociedad, no puede entenderse cabalmente sin explorar la supervivencia y persistencia de muchas limitaciones informales” (Ortiz de Zevallos y Córdoba 2007: 42). Sobre el conflicto normativo en relación al agua y las poblaciones indígenas ver el caso expuesto en “Derechos de Agua y el “Empoderamiento” en medio de marcos normativos conflictivos en Ceceles, Ecuador” Cfr. Boelens y Doornbos 2007: 281-306.

¹²¹ En relación a las instituciones indígenas ver en particular el Convenio 169 de la OIT, artículos 2(1), 4(1), 5, 6(1), y 8(2) (OIT 1989); y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 5, 18, 20 y 34 (ONU 2007).

A modo de referencia, podemos observar la aplicación práctica de estas instituciones “*informales*” en relación al derecho oficial en los casos de la zona de Chittagong Hill Tracts habitada por 11 pueblos indígenas en Bangladesh, donde el sistema administrativo y jurídico es independiente y diferente al de otras partes del país; la Ley de Autogobierno de Groenlandia producto de la revisión de la posición de dicha isla al estar integrada al Reino danés; la reintroducción de la institución “*siida*” de cría de renos en los pueblos sámi a través de la Ley de Cría de Renos de 2007 “*reindriftsloven*” en Noruega o las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Atlántico Sur en Nicaragua a quienes se les reconoce el derecho de ejercer jurisdicción sobre los pueblos indígenas allí asentados preservando sus propios modelos de organización social¹²².

Concluimos expresando que no es posible ignorar los procesos sociales, siempre dinámicos, existentes; que en palabras de Moore reforman y deforman los mejores planes que se puedan diseñar. No se debe desprestigiar y negar lo consuetudinario¹²³ para abrir espacio a concepciones y creencias llamadas modernas, al contrario una mutua convergencia y la construcción de convenios sociales, abriendo espacios de participación y entendimiento con los pueblos indígenas se torna urgente. Dicho esto,

¹²² Cfr. OIT 2009: 50-57

¹²³ Desde otra óptica, Epstein al comentar sobre la costumbre indica: “La visión básica en juego nos ha sido dada por John Rawls con su empleo del “velo de la ignorancia,” y de Friedrich Hayek con su devoción al orden espontáneo. Las costumbres tienden a surgir de un patrón constante de interacción que ubica a los individuos detrás de un velo de ignorancia, de manera que, de acuerdo con la formulación de Rawls, deben elegir una norma general mientras ignoren su propia posición en una disputa futura [...] Asimismo la idea de Hayek del orden espontáneo asume que las prácticas acostumbradas hechas por personas situadas en la práctica llevarán, a través del ensayo y el error, a una conclusión adecuada. Una vez más, la razón es que todos los jugadores ganarán con la adopción de prácticas sociales adecuadas en sus propias comunidades sociales.

[...] Por consiguiente, cuando una comunidad tiene un gran número de transacciones repetitivas y similares, todos sus participantes tienen poderosos incentivos –no por diseño consciente, sino por desarrollo creciente- para articular y apoyar normas generales que funcionen para ventaja de sus miembros a largo plazo [...]” (Epstein 2003: 62)

corresponde ahora estudiar los llamados derechos colectivos indígenas que se generan en estos espacios de pluralidad legal.

2.2 Derechos Colectivos y Poblaciones Indígenas

A partir de la concreción de los procesos independentistas en América Latina, inspirados en las ideas liberales de la época y los principios originados en la revolución francesa e independencia norteamericana, comenzó el término progresivo de las instituciones coloniales que dominaban dichas sociedades¹²⁴ dando paso al reconocimiento de la igualdad ante la ley de todos los habitantes y el sometimiento de los indígenas a las normas del derecho civil; pero desconociendo su diversidad cultural y étnica, despreciando sus formas de organización social y política; y esforzándose por lograr la composición de un estado nacional homogéneo y la asimilación de estos últimos a las fuerzas dominantes. De ahí que la subordinación y sometimiento en diversas esferas ha gravitado en la pérdida progresiva de sus territorios ancestrales e identidad como pueblos, la discriminación y el quiebre de sus relaciones político-económicas¹²⁵.

En ese sentido, por ejemplo, en el caso de los indígenas en Ecuador en 1997 se evidenció que:

¹²⁴ Entre ellas, resulta de especial importancia nombrar a la encomienda, la cual formaba uno de los pilares de la economía colonial y forma de sometimiento a los indígenas. Desde la perspectiva de los derechos humanos los planteamientos de Fray Bartolomé de las Casas, y varios misioneros - especialmente dominicos, jesuitas y franciscanos- resultaron adelantados a su época al cuestionar la limitación de derechos y libertades a los indígenas. Así, sostenían, entre otras reivindicaciones, que las tierras indígenas no podían ser arrebatadas y debía respetarse sus formas de gobernarse. Cfr. Aylwin 2004: 160.

¹²⁵ Cfr. Sieder 2006: 79-86. Ver también Yrioyen 2006: 105-124..

“Las actividades de explotación del petróleo se han llevado a cabo a través de los territorios indígenas tradicionales, con poca atención a la ubicación de instalaciones en relación con las comunidades existentes: los sitios de producción y las canteras de desperdicios se han colocado inmediatamente adyacentes a algunas comunidades; los caminos se han construido a través de tierras indígenas tradicionales; las explosiones sísmicas se han detonado en áreas de especial importancia tales como campos de caza; y áreas consideradas como sagradas, tales como ciertos lagos, han sido invadidas. Muchos habitantes indígenas respondieron a los primeros años de las actividades de desarrollo retirándose del desarrollo y refugiándose en sus áreas tradicionales. Se ha informado que, en virtud de la introducción inicial de las actividades de explotación en el área ahora llamada Lago Agrio, los últimos indígenas Tetetes se fueron, una circunstancia que parece haber acelerado su extinción como pueblo”¹²⁶ (CIDH 1997: cap IX)

En la actualidad, este panorama se matiza por el surgimiento y empoderamiento de movimientos indígenas como actores en la esfera socio-política nacional e internacional, ya que no solamente trabajan y generan incidencia a nivel interno¹²⁷, sino despliegan una red de reivindicaciones comunes a nivel global, plasmadas en diferentes foros sobre

¹²⁶ En ese sentido la CIDH concluyó que: “La situación de los pueblos indígenas en el Oriente ilustra, de una parte, la conexión esencial que mantienen con sus territorios tradicionales, y de otra, las violaciones a los derechos humanos que amenazan cuando estas tierras son invadidas y cuando la tierra misma es degradada. (...) Para muchas culturas indígenas, la utilización continuada de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio son esenciales para su supervivencia, así como para el bienestar individual y colectivo. El control sobre la tierra se relaciona tanto con su capacidad para obtener los recursos que sustentan la vida, como para ‘el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo’” (CIDH 1997: cap IX)

¹²⁷ En la última década del siglo pasado estas consideraciones se plantearon en diversos reconocimientos constitucionales y legales de los países latinoamericanos. Así por ejemplo, en Colombia “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Colombia 1991: art. 7) o Perú donde “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Perú 1993: art. 2.19), entre otros reconocimientos relacionados a las poblaciones indígenas.

temas que los afectan¹²⁸. Precisamente se puede destacar el énfasis que ellas han puesto en aquellas demandas de carácter colectivo, argumentando la existencia de un derecho propio que legitima el ejercicio y goce de derechos y prácticas distintivas¹²⁹.

En otras palabras, gran parte de sus reivindicaciones y luchas son por el respeto de aquellos acuerdos institucionales consuetudinarios vigentes que los caracterizan, los cuales, sin una valoración específica de su conveniencia, permitirían el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales en una sociedad democrática.

A partir de los planteamientos que se revelan desde estos espacios, las fronteras jurídicas clásicas se tienen que ver reformuladas para tener congruencia con aquellas instituciones consuetudinarias propias de los pueblos indígenas (lengua, tierras, sistemas de autoridad o prácticas culturales, entre otros)¹³⁰. De esta manera se presenta el debate

¹²⁸ Cfr. Stavenhagen y Charters (eds.) 2010; ver también Baud 2006: 33-57 y Assies 2006: 59-81. Por su parte la CIDH dentro del caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos expresó que: “En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas.” (CIDH 2002: párr. 125) Ver también CIDH 2000: cap. I.

¹²⁹ Cfr. Plant y Hvalkof 2006: 135-208. Ver también Salazar y Torres 2006: 64-72 e Iturralde 2004: 233-256.

¹³⁰ Si bien, como se ha mencionado no consideramos que las costumbres indígenas en abstracto sean instituciones inmaculadas, intocables e indiscutibles, que lleven a una sobrevaloración de las mismas, no resulta incoherente pensar que la existencia de este conjunto de normas y prácticas jurídico-culturales al provenir de la vida social y estar ajustadas a las necesidades que de ella surgen, y de su acumulación y depuración histórica, sean razonablemente adecuadas como sistema de regulación indígena y defensa de sus derechos como pueblos diversos. Cfr. Iturralde 1990: 51. Esto no debe llevar a subestimar tampoco la

sobre la existencia y justificación de los derechos colectivos¹³¹, los que en este trabajo se definen como la forma particular de grupos determinados, en este caso los indígenas, para ejercer sus propias instituciones (derechos y obligaciones específicas) que permitan su supervivencia material y cultural, situación que se presenta como parte de lo que Kymlicka denominó “el reto del multiculturalismo” (Kymlicka 1996: 25).

El término derechos colectivos y su correlación, aunque no únicamente, con el concepto de multiculturalismo abarca diversas dificultades y desafíos que son afectados por este tema en aspectos ontológicos y jurídicos. El carácter problemático podría presentarse desde la concepción liberal del individuo como destinatario de derechos y la contraposición cada vez más notoria de grupos que reclaman una relación diferenciada con la sociedad de la que forman parte a través del reconocimiento de derechos colectivos. Estos debates no solo tienen implicancias dentro de los derechos humanos, sino además abarcan un espectro mucho mayor incorporando escuelas y criterios dentro de la filosofía y economía políticas. En los siguientes párrafos se mostrará algunas reflexiones en relación a este concepto de derechos colectivos respecto de las poblaciones indígenas y la importancia de su protección en la esfera del DIDH.

La confluencia de las demandas indígenas a través de derechos colectivos en el marco de los derechos humanos no es un hecho atemporal ni aislado, se puede considerar que ello se debe en gran parte al desarrollo y evolución del derecho internacional y las concepciones liberales impregnadas en él. Creemos, por ello, que la existencia de una conciencia jurídica que llevó a la defensa del ser humano contra los excesos de poder y las actitudes totalitarias ha permitido el desarrollo de una plataforma desde donde las

utilidad y funcionalidad de las políticas y normas oficiales, dado que al configurarse un híbrido normativo, también influyen en las instituciones consuetudinarias.

¹³¹ Esta terminología puede incitar confusiones por su heterogeneidad y amplitud, basta precisar que para efectos del presente trabajo nos interesa dicha categoría únicamente en relación a los pueblos indígenas dentro del campo de los derechos humanos.

poblaciones indígenas hoy puedan fortalecer el reconocimiento y respeto a sus derechos. Resulta difícil pensar el contexto actual sin la lucha y defensa previa de esas ideas y principios, que además han impregnado la construcción jurídica de los derechos humanos¹³².

Para la comprensión de la viabilidad y validez de los llamados derechos colectivos en relación a los pueblos indígenas en el campo de los derechos humanos es necesario aclarar previamente que estos derechos se configuran como parte de la incorporación de dichos pueblos a un Estado mayor, sin la existencia de este último hablar de derechos colectivos sería cuanto menos literario, ya que estos se construyen como protección de su propia cultura en contraposición a prácticas y políticas oficiales que los afectan¹³³. Ello así, los márgenes de complejidad que adquiere el asunto pueden ser delineados a partir de la constatación de las afectaciones que sufren los pueblos indígenas al verse limitados en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales como grupos diferenciados, así como la amenaza de validar abusos a los individuos de estas comunidades en nombre de un purismo cultural o enfoque etnocéntrico.

Ante la polarización, a veces inútil, de las tendencias universalistas y relativistas más dogmáticas y las dicotomías que se construyen entre el ejercicio de derechos individuales y derechos colectivos, se pueden llegar a hacer generalizaciones excesivas e ignorar o mal interpretar las aspiraciones o motivaciones de los pueblos indígenas. Así, se pierde de vista el carácter dinámico y creativo de estos pueblos y se obstruye un

¹³² Recientemente, el profesor Kymlicka ha manifestado: “The first factor to consider is the human rights revolution. The adoption of liberal multiculturalism has been both inspired and constrained by human rights ideals. Indeed, the trend towards liberal multiculturalism can only be understood as a new stage in the gradual working out of the logic of human rights, and in particular the logic of the idea of inherent equality of human beings, both as individuals and as peoples.” (Kymlicka 2009: 88)

¹³³ Stavenhagen 1990: 39-43, Anaya 2006: 41-46 y Triana 1990: 277-298.

acercamiento desde la contemporaneidad y su participación en ella a los problemas que surgen en esta esfera.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la situación de los pueblos indígenas ha venido paulatinamente tomando notoriedad y protagonismo en la esfera internacional de los derechos humanos, no debe dejarse de lado que estos han permanecido sujetos a órdenes y regulaciones estatales en las que no se articuló algún tipo de mecanismo político para la exposición de sus intereses y mucho menos la garantía de sus derechos. En esa línea, el actual Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, explica que:

“Se les ha privado [a los indígenas] de grandes extensiones de tierras y del acceso a recursos necesarios para sus vidas, y han sufrido históricamente presiones que han conseguido suprimir sus instituciones políticas y culturales. Como resultado, los pueblos indígenas se han visto económica y socialmente mutilados, se ha dañado o amenazado su cohesión como comunidades y se ha socavado la integración de sus culturas” (Anaya 2010a: 202)

Esta situación ha llevado a replantear los conceptos clásicos dentro de los instrumentos de derechos humanos en tanto que su formulación individual de protección no ha sido suficiente para asegurar el respeto de sus derechos. Precisamente, es el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas en este campo, y en especial respecto de sus tierras y recursos, lo que facilita asegurar el respeto de estos derechos universales, más aún si consideramos que el diseño jurídico de los derechos humanos sirve para la protección de la persona humana, en condiciones de igualdad y libertad, he allí la importancia de los derechos colectivos indígenas dentro del DIDH.

Esto no significa que se esté privilegiando a los pueblos indígenas, más bien lo que se pretende es que estas poblaciones efectivamente gocen de sus derechos humanos en

condiciones de igualdad, que dada sus características y cualidades no pueden ser protegidos únicamente bajo una concepción clásica. En otras palabras, no es que se creen derechos humanos sustantivos que otros no disfrutaban, sino son de estos derechos universales de donde se deriva una protección particular para que se les reconozca “[...] los derechos que debían haber disfrutado desde siempre como parte de la familia humana, contextualiza[ndo] dichos derechos a la luz de sus características y circunstancias particulares” (Anaya 2010a: 204). Como bien lo formula Stavenhagen:

“[...] los indígenas son particularmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos individuales, y sostenemos que esta vulnerabilidad se debe, entre otras cosas, a que generalmente no se les reconocen sus derechos colectivos culturales y étnicos. [...] una forma de violación de los derechos humanos indígenas es la negación, por parte del Estado y de la sociedad dominante, de sus costumbres jurídicas, la cual conduce a la denegación de algunos de los derechos individuales contenidos en los instrumentos internacionales citados” (Stavenhagen 1990: 39)

Por ello, toda concepción que suponga la perpetuación de la ineffectividad del goce de sus derechos humanos queda debilitada por la subyugación de estos implícita en ella. La amenaza constante de socavar la existencia misma de los pueblos indígenas, junto con las distintas barreras legales e institucionales que afectan sus capacidades, hace que los derechos colectivos se conviertan en una cuestión de derechos humanos.

“Su igual valor y dignidad sólo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no sólo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente.

[...]

Los derechos relacionados con los pueblos indígenas buscan proteger, además de los derechos individuales, sus derechos colectivos, ya que el reconocimiento de tales derechos es necesario para asegurar la existencia, el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas, como colectividades distintivas. La experiencia ha demostrado que a menos que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas existe el riesgo de que tales culturas desaparezcan mediante la asimilación forzada” (GNUM 2008: 6 y 14)

A pesar de los avances realizados formalmente, los pueblos indígenas de todo el mundo siguen amenazados por el peligro de sufrir amplias violaciones de derechos humanos además de la imposibilidad de ejercerlos libremente. El desarraigo de sus tierras y recursos, la marginación de la sociedad dominante y la discriminación legal desbarata su forma de vida, los coloca en situaciones de carencia y vulnerabilidad; y permite la pérdida de su propia identidad¹³⁴.

¹³⁴ En ese sentido, se puede citar a modo de ejemplo el caso de los indígenas Yanomami en Brasil cuando la CIDH encontró: “(a) que con motivo del inicio, en 1973, de la construcción de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte), el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban los indios Yanomami fue invadido por trabajadores en la construcción de la autopista, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio; (b) que tales invasiones se llevaron a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.; (c) que indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) abandonaron sus aldeas, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo; y (d) que con posterioridad al descubrimiento, en 1976, de minerales de estaño y otros metales en la región donde habitan los indios Yanomami, se generaron graves conflictos que dieron origen a actos de violencia entre exploradores y explotadores de esos minerales, por una parte, y los indígenas, por otra. Tales conflictos, que ocurrieron especialmente en las áreas de la Serra dos Surucucus, Couto de Magalhães y Furo de Santa Rosa afectaron la vida, seguridad, salud e integridad cultural de los Yanomami”. Para la CIDH, de estos hechos “surge una responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami”. Cfr. CIDH 1985: párrs 10 y 11. Para Salazar y Torres: "Muchos pueblos indígenas continúan siendo, hasta el día de hoy, excluidos de la sociedad y frecuentemente privados de sus derechos como ciudadanos comunes de un Estado [...] La continuidad de su existencia como pueblo está íntimamente relacionada con la posibilidad de influenciar

La idea sobre el futuro y respeto a los pueblos indígenas pasa por asegurar entonces estas demandas de derechos colectivos sobre sus territorios y recursos naturales, entre ellos el agua, según sus propias costumbres. Con el acceso a la tierra y los recursos existentes sobre ella, donde han permanecido de manera continua a lo largo del tiempo, se garantiza su subsistencia y, de este modo, se permite preservar su particular modo de vida y prácticas culturales. El territorio y los recursos naturales, especialmente el agua, son parte del entorno de interacción y relación material-simbólica que reproducen tradicionalmente dichas poblaciones convirtiéndose en una pieza clave de su existencia¹³⁵. En ese sentido, antes de elaborar una propuesta del contenido del derecho

su propio destino y vivir de acuerdo a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales" Agregan que: "Los pueblos indígenas poseen derechos previamente adquiridos en relación con sus territorios, tierras y recursos, pero frecuentemente éstos se ven amenazados o ya les han sido revocados. Ellos tienen una cultura y una economía disímiles a las de la sociedad dominante y su autoidentificación como indígenas es una pieza fundamental de su identidad.

Los pueblos indígenas enfrentan serias dificultades, tales como el constante riesgo a ser asesinados, la invasión de sus territorios, el saqueo de sus recursos, la discriminación legal y cultural y la falta de reconocimiento oficial a sus instituciones" (Salazar y Torres 2006: 49 y 50)

¹³⁵ En ese sentido, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo manifiesta que "Los pueblos indígenas necesitan el reconocimiento de derechos colectivos específicos para su supervivencia como grupos humanos. Estos derechos incluyen los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, a mantener sus culturas, al reconocimiento de sus identidades propias, al autogobierno y la autodeterminación, y a que se les pida su consentimiento libre, previo e informado en decisiones que los puedan afectar. Tales derechos son considerados las normas mínimas para la protección de su supervivencia como pueblos distintivos, y abordan los desafíos enfrentados por la mayoría de los pueblos indígenas alrededor del mundo," (GNUM 2008: 10). Asimismo, dentro de las demandas producidas como parte de los derechos colectivos Stavenhagen menciona particularmente la autodefinición y estatus legal, relativo a la autoidentificación no sólo como elección individual, sino también como reconocimiento grupal y de identidad colectiva; las tierras y recursos sobre ellas, en tanto necesaria delimitación legal de sus territorios ancestrales y la gestión de los recursos sobre ella; la identidad cultural, como desarrollo y reconocimiento de tradiciones, lengua y manifestaciones culturales en general; su formas de organización social, como reconocimiento de sus mecanismos de resolución de conflictos y formas de autoridad local; así como mayor autonomía en aspectos internos y participación en la esfera pública nacional. Cfr. Aylwin

al agua en su dimensión colectiva, es propicio analizar algunos dilemas relacionados al concepto de derechos colectivos y su tratamiento desde el DIDH.

2.2.1 Algunos dilemas en relación a los derechos colectivos

La reivindicación de estos derechos colectivos y su progresivo reconocimiento jurídico, especialmente en la esfera internacional de los derechos humanos, puede generar voces discrepantes bajo el argumento de la supuesta supremacía otorgada al grupo sobre el individuo, donde se arriesga y limita el ejercicio de sus derechos individuales, correspondiente más a un ámbito jurídico-filosófico; y el peligro de la depredación o inutilización de las tierras y recursos sobre los que se asientan, más del ámbito de la economía política. Si bien para efectos de la investigación interesa el primer ámbito, se aproximará a ambos temas para tentar una respuesta más completa. Desde ya cabe reiterar que lo que nos importa es entender por qué es necesaria la protección de derechos colectivos indígenas y si ello encuentra justificación en el campo de los derechos humanos.

2004: 168-170. En el ámbito contencioso, por ejemplo, la CIDH toma importancia el hecho del reconocimiento de estos derechos colectivos, en sus palabras: “Quizás sea más fundamental aún el hecho de que la Comisión y otras autoridades internacionales hayan reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los indígenas en el sentido de ser derechos que se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas. Y este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo.” (CIDH 2002: párr. 128)

En relación al primer punto, el profesor Kymlicka plantea la distinción entre “*protecciones externas*” y “*restricciones internas*” para el desarrollo de políticas públicas multiculturales orientadas a enfrentar el reto de equilibrar el principio de igualdad con el del respeto a la diferencia dentro de las democracias liberales. De acuerdo al planteamiento de Kymlicka la discusión en términos de primacía entre derechos individuales y colectivos es de poca ayuda a la hora de evaluar los derechos que se reivindican, ya que estos tienen que ver con la idea de la necesidad de reconocer “*derechos diferenciados en función del grupo*”¹³⁶ para su supervivencia dentro de las sociedad en que están englobados, configurándose la existencia de una “*ciudadanía diferenciada*”¹³⁷.

En ese sentido, Kymlicka desarrolla sus ideas planteando que el reconocimiento de los llamados “derechos colectivos” es aceptable y necesario en las sociedades liberales multiculturales, siempre que se diferencie si dichos derechos protegen al grupo del impacto de las decisiones externas (protecciones externas) o del disenso interno (restricciones internas). Mientras que las primeras son aceptadas dado que “implican relaciones intergrupales; esto es, el grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en que está englobado” (Kymlicka 1996: 59) las segundas deberían estar prohibidas en tanto que “el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad

¹³⁶ Kymlicka diferencia entre Estados multinacionales como resultado de la incorporación de diferentes grupos culturales en un Estado (e.g a través de las invasiones y conquistas); y los Estados poliétnicos producto de una afluencia importante de inmigrantes de otras culturas. Cfr. Kymlicka 1996: 26-46

¹³⁷ Cfr. Kymlicka 1996: 57-76

de grupo. Esto plantea el problema de la opresión individual” (Kymlicka 1996: 58-59)¹³⁸

Así, los derechos colectivos o derechos diferenciados en función del grupo -en términos de Kymlicka- ayudarían a reducir la vulnerabilidad de estos ante las presiones económicas y las decisiones políticas oficiales. Según el profesor, “[l]o que tales grupos pretenden es asegurarse de que el conjunto de la sociedad no les privará de las condiciones necesarias para su supervivencia, no controlar la medida en que sus propios miembros se adhieren a prácticas poco tradicionales u ortodoxas” (Kymlicka 1996: 61)

Para el caso de las poblaciones indígenas y sus reivindicaciones a través de derechos colectivos, especialmente en relación a la tierra y recursos naturales, el profesor canadiense declara que:

“La supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobremanera de la protección de su base territorial [...]. Pero esta base territorial es vulnerable ante el mayor poder económico y político del grueso de la sociedad. La historia ha demostrado que la manera más eficaz de proteger a las comunidades indígenas ante este poder externo es crear reservas en las que la tierra es de propiedad comunal y/o fiduciaria, y no puede ser alienada sin el consentimiento de la comunidad en su conjunto. Esto es consistente con las nociones tradicionales de los pueblos indígenas referentes a la tierra, pero una de las estrategias más comunes empleadas por los colonos europeos para abrir las tierras indígenas a la colonización fue sustituir la propiedad comunal tradicional

¹³⁸ Kymlicka explica en ese sentido que “El objetivo de las protecciones externas es asegurar que la gente pueda mantener su forma de vida *si así lo desea*, así como que las decisiones de personas ajenas a la comunidad no le impidan hacerlo. El objetivo de las restricciones internas es forzar a la gente a mantener su forma de vida tradicional, aun cuando no opten por ella voluntariamente porque consideran más atractivo otro tipo de vida. En ambos casos, podría decirse que el objetivo es limitar las “influencias externas”. Pero el tipo de “influencia” implícita en ellos, así como la naturaleza del “límite”, es fundamentalmente diferente [...]” (Kymlicka 1996: 67)

por la titularidad individual, contra la voluntad de los propios pueblos indígenas. [...]” (Kymlicka 1996: 69)

Los espacios democráticos, plurales y abiertos por naturaleza, deben fortalecer y permitir el goce de los derechos colectivos indígenas, siempre que estos conduzcan a favorecer la dignidad de la persona (protecciones externas); y no sean al contrario, herramientas para subyugar a los miembros de determinados grupos por intereses autoritarios (restricciones internas). En esta discusión es que nos encontramos con la amenaza a la concepción universal de los derechos humanos, bajo el argumento de un relativismo cultural que da espacio a justificaciones de acciones opresivas y violatorias de los derechos humanos. Por tratarse de un aspecto de singular relevancia lo tocaremos por separado. En todo caso, el derecho colectivo al agua es una forma que los pueblos indígenas reclaman para alcanzar sus propios fines y construir libremente sus destinos vinculados a las exigencias de la dignidad como pueblos diferenciados¹³⁹.

El agua representa así un elemento importante en la supervivencia, interacción social y las identidades culturales de los pueblos indígenas; respetar tal derecho en función de sus propias instituciones consuetudinarias es un aspecto importante para abrir canales de diálogo y formas pacíficas de entendimiento. Garantizar la protección diferenciada del derecho al agua en tanto aspecto fundamental de la dignidad humana, asegura que los indígenas no serán ignorados por las decisiones de la sociedad dominante que puedan afectar sustancialmente su existencia, material y espiritual como pueblos.

¹³⁹ Sobre esto último, cabe recordar que: “[...] si bien a priori se puede partir de una idea general de la dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas, individuales y colectivas, constituyendo un principio y un límite de la acción de todas las personas, la sociedad y del Estado; resulta más comprensible encontrar un concepto de dignidad de la persona humana cuando se la viola, por la actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad y de los particulares que produce, positiva o por omisión daño a los valores innatos de la persona humana, codificados en la consciencia jurídica y social” (Landa 2002: 118-119)

Coincidiendo con Lopez Calera:

“[...] no puede perderse de vista que los contenidos de tales derechos [sobre los derechos colectivos] hacen referencia a la sobrevivencia, a la libertad y a la dignidad de grupos importantes y amplios de seres humanos, valores que no pueden afirmarse como contenidos relativos y que sólo tendrían sentido en un tiempo determinado, más aún cuando a veces y todavía la sobrevivencia y la libertad de pueblos, grupos étnicos o minorías siguen amenazados por poderes totalitarios [...]” (Lopez 2001: 23)

Con esto se puede observar que la resolución de las dicotomías y discusiones construidas entre derechos individuales y derechos colectivos no es lo crítico, sino entender por qué dichos derechos son consustanciales a las comunidades indígenas y al respeto de la dignidad de sus miembros. En esa línea se podrá comprobar que los temores sobre el reconocimiento y protección de estos derechos quedaran atenuados en tanto que lo que se pretende es precisamente que los indígenas como miembros de estas comunidades gocen en condiciones de igualdad sus derechos y libertades fundamentales.

Ahora bien, en relación al segundo aspecto de supuesta conflictividad entre los derechos colectivos indígenas y la insostenibilidad de las tierras y recursos sobre los que se otorga comenzaremos explicando el origen de la postura crítica para posteriormente analizar si es que esta es irrefutable, o en todo caso si los estudios contemporáneos nos entregan herramientas para responder los cuestionamientos generados.

La idea de que los derechos colectivos generan capitales muertos sobre los recursos escasos provocando irremediamente su extinción o explotación insostenible tiene sus orígenes en el planteamiento de Garret Hardin en su famosa “tragedia de los bienes

comunes”¹⁴⁰ ejemplificada en el pastizal de acceso abierto y al alcance de todos los pastores, quienes -dice Hardin- a través de actuaciones racionales lo llevarán a su destrucción a largo plazo. Según Hardin:

“[...] Cada hombre está encerrado en un sistema que lo obliga a incrementar su rebaño ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino al que todos los hombres se precipitan, cada quien persiguiendo sus óptimos intereses en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes. Esta libertad lleva a todos a la ruina” (Hardin 2002: 37)

Para Hardin esta tragedia es inevitable dado que ante la ausencia de instituciones como los derechos de propiedad privada, la suma de los intereses de los agentes económicos, en tanto seres racionales para incrementar sus ganancias a menores costos, no creará incentivos para cuidar del pastizal de manera permanente ni para impedir su sobreexplotación. Bajo estas mismas ideas podría suceder lo contrario, es decir una suerte de “tragedia de anticomunes”, donde por la existencia de muchos derechos se neutralice el uso y disposición del recurso provocando su subutilización¹⁴¹. Si bien coincidimos en la lógica que tienen estos argumentos, estos supuestos no necesariamente encajan a las realidades y relaciones indígenas así como dejan fuera algunos temas de relevancia sobre el manejo de estos bienes, ignorando las potenciales ventajas que podrían ofrecer esquemas de responsabilidad común en determinados contextos.

Elinor Ostrom es una de las académicas que ha desarrollado y estudiado este tema ampliamente, a través de sus investigaciones obtuvo evidencias de la configuración de reglas sostenibles y mecanismos de cumplimiento en la explotación de bienes de acervo común a través de grupos autoorganizados, rompiendo así algunos paradigmas

¹⁴⁰ Cfr. Hardin 2002: 33-48

¹⁴¹ Cfr. Heller 1998: 621-688.

contemporáneos al respecto. Esto la llevó a obtener el premio nobel en economía el 2009¹⁴². Sus estudios empíricos sobre el manejo de los recursos de acervo común nos ayudan a entender que “la tragedia de los bienes comunes” tiene más soluciones que las propuestas por Hardin¹⁴³.

Los planteamientos de Ostrom definen primero la naturaleza de los bienes o recursos de acervo común para luego entender los dilemas que se presentan en el uso de dichos recursos y examinar cómo instituciones colectivas generadas a partir de la cooperación y las relaciones de las personas a lo largo del tiempo logran funcionar en forma eficiente. Estudia empíricamente los acuerdos institucionales que gobiernan la administración de los recursos de acervo común en diversas comunidades y concluye sobre la importancia de analizar estas prácticas y arreglos tradicionales para la sostenibilidad de la biodiversidad y el bienestar de las personas, dado que muchas veces funcionan mejor que las recetas tradicionales.

Según Ostrom el término “recursos de acervo común” (common-pool resources –CPRs) entre los que a manera de ejemplos se pueden mencionar las cuencas de agua subterránea, los sistemas de irrigación, los bosques o pastizales, entre otros, tienen dos características específicas: i) excluir a potenciales beneficiarios tiene costos altos y ii) el uso del recurso por un agente disminuye el recurso disponible para otros. Esta situación crea diversos dilemas en los que los individuos siguiendo sus propios intereses producirían resultados no deseados para el conjunto de la sociedad a largo plazo en un esquema de sistema de acceso abierto. Resolver estos problemas pasaría por restringir el acceso y crear incentivos para no sobreexplotar el bien¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. Royal Swedish Academy of Science 2010

¹⁴³ Cfr. Ostrom y otros 1999: 278

¹⁴⁴ Cfr. Ostrom y otros 1999: 278-279, Ostrom 2007. Sobre este tema ver también: Smith 2002a: 13-30

Bajo ese enfoque, parece que los derechos de propiedad privada comportan instituciones adecuadas para que los individuos asuman los costos y beneficios de sus decisiones creando mejores incentivos para el uso de este tipo de bien. La otra alternativa desprendida del planteamiento de Hardin¹⁴⁵, es el control gubernamental, pero se presupone erróneamente que los funcionarios públicos entenderán las interrelaciones de los diferentes agentes para inducir a un comportamiento socialmente óptimo. Analizando varios estudios de campo, Ostrom discute la generalización de los supuestos básicos de las teorías convencionales en el manejo de estos bienes, pues si bien les da validez empírica no cree que deban ser extendidos automáticamente a todas las situaciones¹⁴⁶. “‘One-size-fits-all’ policies are not effective” (Ostrom 2009: 409)

Ostrom desarrolla sus ideas teniendo en cuenta que los individuos tienen la posibilidad de interactuar, creando y cambiando el marco institucional que los gobierna. Para sus investigaciones ha recolectado información de diversas fuentes sobre casos exitosos y fallidos del manejo de diferentes bienes de acervo común y llega a algunas conclusiones después de una comparación sistemática. Según la profesora:

“[...] the capacity to overcome dilemmas and create effective governance occurred far more frequently than expected and depended upon the structure of the resource itself and whether the rules-in-use developed by users were linked effectively to this structure. In all self-organized systems, we found that users had created boundary rules for determining who could use the resource, choice rules related to the allocation of the flow of resource units, and active forms of monitoring and local sanctioning of rule breakers.” (Ostrom 2009: 419)

¹⁴⁵ Hardin plantea también la posibilidad de mantener el carácter público del bien pero restringiendo el derecho de entrada. Cfr. Hardin 2002: 38

¹⁴⁶ Cfr. Ostrom 2002: 49-77, Ostrom 2009: 408-444

Posteriormente agrega:

“Extensive empirical research documents the diversity of settings in which individuals solve common-pool resource problems on their own, when these solutions are sustainable over long periods of time, and how larger institutional arrangements enhance or detract from the capabilities of individuals at smaller scales to solve problems efficiently and sustainably” (Ostrom 2009: 435)

De los estudios de Ostrom se puede desprender que los derechos de propiedad común en el manejo de recursos dentro de las comunidades son normalmente manejados sobre la base de reglas y procedimientos que han evolucionado a lo largo del tiempo¹⁴⁷. La participación y colaboración de los usuarios en la creación y cumplimiento de las reglas son esenciales para el éxito del manejo del recurso, este conjunto de instituciones normalmente consuetudinarias penetran las estructuras sociales y formas de organización de las comunidades, que han desarrollado formas de manejo del recurso; por ello las reglas que son impuestas unilateralmente desde fuera llegan a tener menor legitimidad y son propensas a fracasar. Pueden resultar ilustrativos los siguientes ejemplos comentados por Ostrom.

El primero de ellos se refiere a una toma satelital que mostró como el manejo de pastizales en Asia podía tener diferentes implicancias según las instituciones aplicadas. La toma fue hecha a Mongolia y parte de China y Rusia, en este sector históricamente se desarrollaron grupos campesinos que movían sus rebaños por temporadas. Mongolia permitió a los pastores continuar con sus instituciones tradicionales de manejo del recurso mientras que en China y Rusia se impuso la propiedad estatal de las tierras cuya consecuencia fue la devastación de las mismas. Posteriormente China intentó mejorar la situación privatizando y dividiendo la tierra en derechos individuales. Una vez más la

¹⁴⁷ Cfr. Ostrom y otros 1999: 278-279

política oficial encontró pérdidas en el uso de las tierras. Las cifras que se muestran revela lo siguiente:

“About three-quarters of the pasture land in the Russian section of this ecological zone has been degraded and more than one-third of the Chinese section has been degraded, while only one-tenth of the Mongolian section has suffered equivalent loss. Here, socialism and privatization are both associated with more degradation than the resulted from a traditional group-property regime” (Ostrom y otros 1999: 278)

Otro de los ejemplos interesantes de mencionar son los sistemas locales de irrigación en Nepal; previamente a los cambios en el sistema generados por el gobierno, el manejo local del recurso hídrico asignaba con relativo éxito el agua a los diferentes usuarios. Las reglas que hacían operativo el sistema fueron ignoradas por quienes planteaban modernizar la infraestructura para generar mayor productividad. De este modo:

“On the farmer-governed systems, farmers communicate with one another at annual meetings and informally on a regular basis, develop their own agreements, establish the positions of monitors, and sanction those who do not conform to their own rules. Consequently, farmer-managed systems are likely to grow more rice, distribute water more equitably, and keep their systems in better repair than government systems. While farmer systems do vary in performance, few perform as poorly as government systems – holding other relevant variables constant.” (Ostrom 2009: 427)

Ambos ejemplos nos demuestran que la intervención foránea sobre los sistemas desarrollados por grupos comunitarios no tuvieron éxito en sus objetivos, si bien un sistema local no necesariamente lleva a un manejo eficiente y adecuado del recurso, no se debe ignorar las propias instituciones producidas en dichos grupos como forma de aprovechar los bienes comunes. Una vez más, un pensamiento más tolerante y menos dogmático puede ayudar a evaluar de mejor forma los problemas en cada caso.

Para terminar de atar las ideas expuestas y vincular estas aproximaciones, se puede concluir que la existencia de normas de comportamiento e instituciones en relación a los recursos de acervo común dentro de poblaciones indígenas son producto de la interrelación continua de los miembros de las comunidades, las cuales se van modelando según los contextos y las necesidades que se originen en dichos espacios. Con ello, se sostiene que dichos acuerdos institucionales consuetudinarios no tienen solamente una motivación racional, sino que se enraízan a través de construcciones simbólicas y espirituales y estructuran formas de acción social y relaciones de poder entre sus miembros, las formas de manejo y relación con este recurso están ligadas con las formas diarias de observar el mundo¹⁴⁸. Para Mehta y Otros “hemos sido testigos de la proliferación de intervenciones simplistas en el manejo comunitario, [...], que ignoran las realidades locales y socavan el carácter flexible y dinámico de los arreglos institucionales locales, sus respuestas dinámicas a la incertidumbre y los contextos sociocultural, económico y político en los cuales están enraizados” (Mehta y otros 2002: 131)

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el derecho colectivo al agua, que desarrollaremos posteriormente, se plasma a través de las decisiones colectivas que tomen los pueblos indígenas a través de sus propias instituciones en relación al recurso.

¹⁴⁸ Sobre las prácticas locales de gestión del agua, en tanto acuerdos institucionales consuetudinarios, resulta interesante revisar el estudio comparativo realizado por A. Verzijl entre la Cuenca de Quesermayo con la comunidad de Pícol en Cusco y las microcuencas del río Ródano con la municipalidad de Zeneggen en Suiza. El autor analiza los vacíos entre la política y normativa oficial con los sistemas de gestión hídrica local, proponiendo desde un punto de vista crítico mayor reconocimiento en la autonomía y derechos de control de agua a los colectivos locales de usuarios. Para Verzijl “[...] La estructura federal suiza facilita, por una parte, la heterogeneidad cultural y, por otra, estimula la organización intermunicipal y los vínculos horizontales que precisamente aparecen como un punto débil en el contexto peruano [...] la estructura política suiza emergió de la diversidad y ahora descansa firmemente en ella” Posteriormente agrega: “[...] En nuestro ejemplo suizo, el compartir el poder y la representación proporcional son mecanismos que se usan para garantizar los derechos grupales [...]” (Verzijl 2007: 217 y 223)

La sobre o subutilización del recurso planteadas en las tragedias de los comunes y anticomunes deviene de una concepción individual de derechos en la que cada individuo utiliza sin poder excluir o excluye sin poder utilizar el recurso, produciendo consecuencias negativas. Estas teorías no tienen en cuenta las relaciones y acuerdos institucionales que tienen dichos pueblos, por lo que no tiene un correlato directo con ellos necesariamente y no es comprensivo del contenido que se protege en el derecho humano al agua en su dimensión colectiva.

2.2.2 Derechos Colectivos y límites en el marco de los Derechos Humanos

Uno de los desafíos y de nunca agotadas polémicas, en el marco del debate de los derechos humanos, es la discusión sobre el carácter universal de los derechos humanos y la diversidad cultural en el mundo. Este debate adquiere importancia en el desarrollo de la presente investigación dado que está relacionada a la justificación de la aplicación diferenciada de derechos en función del grupo cultural -pueblos indígenas. Con ello, y retomando lo planteado anteriormente, creemos que la protección de estos derechos y en especial el relacionado al agua no trata de fortalecer un relativismo cultural absorbente, sino más bien de reconocer la relevancia de la identidad y diversidad culturales en el mundo para la efectividad de las normas jurídicas.

Enfocando el asunto desde esta perspectiva, afirmamos que la persona es un fin en sí mismo y no un medio para conseguir fines de otras personas. Por ello, en nombre de una equivocada identidad cultural no se podrá instrumentalizar los derechos humanos ampliamente reconocidos, usando y obligando a los miembros de una comunidad a actuar contra estos valores inherentes a la humanidad. De allí la necesidad de recurrir a los derechos humanos para entender los límites de las situaciones que puedan presentarse.

Con ello se busca avanzar más allá de los debates universalistas y relativistas en la reflexión sobre la dignidad de la persona humana y su protección jurídica sin dejar de lado las diferencias culturales que la van definiendo y enriqueciendo en el discurso mismo de los derechos humanos. Siguiendo al ex-presidente de la Corte IDH creemos que los derechos humanos encuentran respaldo en la esencia de todas las culturas y religiones:

“[...] están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia *conciencia jurídica universal*. Todos los avances mencionados, debidos a esta conciencia jurídica universal, se han dado en medio a la diversidad cultural. Al contrario de lo que pregonan los voceros del llamado - y distorsionado - "relativismo cultural", las manifestaciones culturales [...] no constituyen obstáculos a la prevalencia de los derechos humanos, sino todo al revés: el *substratum* cultural de las normas de protección del ser humano en mucho contribuye para asegurar su eficacia. Dichas manifestaciones culturales - como [la relación de las comunidades indígenas con el agua]- son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos”¹⁴⁹ (Cançado 2000: párr. 28)

No obstante ello, la lógica del respeto a las prácticas y concepciones culturales así como a los arreglos institucionales consuetudinarios en la regulación del comportamiento entre los miembros de la comunidad y su entorno resultaría defectuosa o inadecuada si la adhesión a dichas formas jurídicas es incondicional sin mayor evaluación. La venta de personas en las plazoletas durante tiempos de la otrora esclavitud o los ya conocidos

¹⁴⁹ En esa misma línea de ideas, el también ex-presidente de la Corte IDH, Héctor Gros Espiell menciona que: “Tales diversidades [culturales], reales e innegables, enriquecen la concepción universal de los derechos humanos. No constituyen expresiones de negación, sino por el contrario, aportes esenciales para que los derechos puedan ser realmente universales y para que sean sentidos, comprendidos y respetados, no como la imposición de una idea ligada a una civilización particular, en un determinado momento de la historia, sino como una aspiración universal, nacida de lo más profundo que todos los hombres poseen en común: su dignidad y la conciencia de sus pertenencia, fraterna y solidaria, a la especie humana” (Gros 1998: 14). Ver también Salmón 1999.

temas sobre la ablación del clítoris, la lapidación o la criminalización en base a la orientación sexual pueden servir peligrosamente a la defensa de prácticas “culturales comunes” arraigadas en determinadas sociedades contra los derechos humanos de los individuos. Precisamente, el *corpus juris* de los derechos humanos, en constante desarrollo, nos sirve de parámetro para el tratamiento de estos casos, y la respectiva condena de los mismos.

De la misma manera, el riesgo que las poblaciones indígenas ejerzan arbitrariamente sus propias instituciones en relación al manejo del agua, bajo el velo de la diversidad cultural, podría crear incentivos perversos y diversos conflictos con otras agentes demandantes del recurso; si nos enfrascamos en una defensa idílica absoluta del derecho colectivo al agua podrían ponerse en riesgo el ejercicio de otros derechos humanos. En esos casos, será necesario avanzar hacia posiciones que logren armonizar estos derechos a partir del diálogo con las comunidades indígenas y el reconocimiento de su personalidad jurídica para entablar relaciones más horizontales con el Estado y la sociedad en general.

Del mismo modo, en tanto se configure una situación competitiva de derechos fundamentales se debe analizar si la restricción que se plantea es proporcional al interés que lo justifica, el cual debe proteger, preservar o promover un fin valioso dentro de una sociedad democrática. Para ello, nos sirve el marco teórico desarrollado tanto por la Corte IDH a nivel internacional, como por tribunales constitucionales a nivel interno, como el caso peruano, a través de la ponderación de derechos.

Así según la Corte IDH, en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay* estableció, por ejemplo, que:

“[...] cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia

Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (Corte IDH 2005b: párr 144)

Agregando seguidamente que:

“[I]a necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido” (Corte IDH 2005b: párr. 145)¹⁵⁰

En esa misma línea el Tribunal Constitucional peruano ha afirmado:

¹⁵⁰ Además, si la restricción afecta los derechos de la propiedad colectiva de las poblaciones indígenas la Corte IDH requiere que se satisfaga un quinto elemento, la limitación no puede “[...] implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes” (Corte IDH 2007: párr. 128) En ese sentido ver también lo manifestado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *Länsman y otros vs. Finlandia* donde permite que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga el modo de vida del pueblo indígena. Cfr. CDH 1994a: párr 9.4. En un caso similar lo reitera expresando “las medidas que sólo tuvieran una repercusión limitada sobre el modo de vida y de sustento de las personas pertenecientes a una minoría no equivaldrían necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos por el artículo 27” (CDH 2005: párr. 10.1)

“[...] que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad” (TC: 2005a, fj. 6) ¹⁵¹

En ambos casos se proporcionan criterios y parámetros para evaluar las restricciones que resultarían sobre cada situación en concreto en relación a un conflicto de derechos. En este caso cuando se tenga razones concretas y justificadas de restringir el derecho colectivo al agua, y dependiendo de la proporción y forma de restricción, se deberá buscar formas de compensación integrales teniendo en cuenta la identidad y especial significado que tenga este para dichas comunidades. Asimismo, no se debe pasar por alto la posibilidad de que ellas mismas hagan un uso insostenible y perjudicial del

¹⁵¹ El mismo Tribunal explica que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. [...] el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. [...] con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental” (TC: 2005a, fj. 6). En ese sentido ver también TC: 2005b, fj. 109 y TC: 2005c, fj.27.

recurso que genere, dependiendo del contexto, importantes externalidades o amenace el goce de otros derechos, situación que requerirá propuestas de cambio y transformación, pero siempre a través de la consulta y dialogo y la redefinición de conceptos desde un enfoque basado en los derechos humanos.

Por ello es oportuno destacar que si bien se sostiene la importancia de la protección del acceso y uso del agua como derecho humano en relación a las poblaciones indígenas, por lo general en situación de vulnerabilidad de acuerdo a las condiciones históricas en las que han permanecido sometidos, en tanto sustento simbólico-material de sus existencia a través del tiempo y en tanto elemento identificadorio con su dignidad como seres humanos; es necesario objetar un romanticismo hacia sus instituciones y formas de interrelación, mientras menos idealizadas se encuentren mejores canales de entendimiento se podrán construir dentro de una sociedad que pretenda ser democrática.

Por otro lado, si recurrimos a dos de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos relacionados a las poblaciones indígenas encontraremos que no pueden justificarse las costumbres indígenas que transgredan los derechos humanos fundamentales. Así, tanto el artículo 8.2 del Convenio N° 169 de la OIT como el artículo 34 de la DNUDPI, a su modo, señalan que las costumbres e instituciones que sean incompatibles con los derechos humanos son inaceptables¹⁵².

¹⁵² Según el Convenio N° 169 de la OIT “[d]ichos pueblos [indígenas] deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” (OIT 1989: art. 8.2); en ese mismo sentido la Declaración citada de Naciones Unidas refiere que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (ONU 2007: art. 34°). Por su parte Kymlicka refiere que: “The human rights revolution is important in another way. It constrains as well as

De ahí que planteemos el carácter universal de los derechos humanos en cuanto a su naturaleza como patrimonio esencial de la humanidad, concepción que se fundamenta y desarrolla en la dignidad como cualidad intrínseca y consustancial de las personas. Condición común a toda la humanidad que debe enriquecerse de las diversas formas de vida en el mundo para generar un justo balance entre los principios jurídicos y éticos de todas las culturas. En ese sentido el cuerpo jurídico de los derechos humanos, y principalmente su aplicación, debe dar margen de interpretación según los contextos y la diferencias pero con el límite de los valores que inspiran ese mismo cuerpo, para reducir los fanatismos y violaciones autoritarias; y fortalecer el goce efectivo de los derechos a través de alternativas dialógicas, críticas e interculturales.

2.3 Derecho colectivo al agua

Durante este capítulo se ha analizado cómo el derecho consuetudinario penetra la estructura social y formas de comportamiento en los pueblos indígenas, los conflictos que se generan con las políticas y normas provenientes de las posiciones dominantes y las reinterpretaciones y adecuaciones hechas por estos a partir de la combinación y yuxtaposición con reglas y parámetros oficiales en un marco de pluralidad legal. Esto nos ha servido para entender el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas en el campo de los derechos humanos como forma de lograr el ejercicio de sus derechos en condiciones de libertad e igualdad efectiva. Así, se ha observado cómo los derechos colectivos de estos grupos se enfrentan a una lógica homogeneizadora y utilitarista, a través de la cual se desarraiga los fundamentos culturales y sociales indígenas y se

inspires the pursuit of multiculturalism, and this constraining function helps to explain why states and dominant groups has become more willing to accept minority claims. [...] In fact, the human rights revolution is a two-edged sword. It has created political space for ethnocultural groups to contest inherited hierarchies. But it also requires groups to advance their claims in a very specific language - namely, the language of human rights [...]” (Kymlicka 2009: 92)

ignora las referencias que se han construido de manera dinámica a través de acuerdos institucionales consuetudinarios, desatendiendo así sus características particulares¹⁵³.

En torno al agua¹⁵⁴, la función que este representa en las relaciones sociales y resolución de conflictos así como su carácter espiritual y de identificación cultural en los pueblos indígenas pasan desapercibidos desde el paradigma legal hegemónico, o peor aún los interpretan y reconstruyen en función de sus postulados, la mayoría de veces con definiciones estereotipadas, rechazando de facto cualquier vericuetto que amenace el modelo que se pretende implementar. Según Boelens, Getches y Guevara, en relación a las comunidades andinas, manifiestan que:

“[e]l problema es que las propias actividades de control del agua son fuerzas esenciales en las culturas andinas por el hecho, entre otros, de preservar el vínculo simbólico con ciertos lugares fundamentales para reproducir la identidad local. Al pretender alterar las formas de gestión comunal, el Estado y los agentes de desarrollo atentan contra las fibras más íntimas del tejido social comunal” (Boelens, Getches y Guevara 2006: 18)

Entonces, tal como se refiere en la segunda sección del primer capítulo, el derecho al agua como derecho individual protege las características propias de su contenido jurídico a saber su disponibilidad, calidad, accesibilidad y aceptabilidad para todo individuo. En relación a los indígenas, además, comprendería una protección en sentido

¹⁵³ Cfr. Castro 2007b: 143-156.

¹⁵⁴ Para una lectura casuística de la relación entre el agua como derecho y las poblaciones indígenas también puede verse “Manejo tradicional del agua: los Kankanaeys de Besao, Provincia de Mountain, Filipinas” (Bang-Oa 2007: 68-79); “Sanāmahi-Pākhangba: los meitei y el agua, una relación de vida” (Laifungam y Pinto 2007: 80-87); o “El flujo del agua y la continuidad de la cultura: imágenes del agua en el paisaje y rituales en un oasis en el desierto de la montaña de Ladakh (Himalayas de la India)” (Wacker 2007: 88-103)

colectivo cuyo contenido jurídico protegería por lo menos un nivel operativo y otro de participación, los cuales se interrelacionan y condicionan directamente.

El primero se refiere a la posibilidad de usufructuar el recurso por parte de los miembros de la comunidad según sus propias instituciones y el segundo se refiere a la posibilidad de participar en las decisiones sobre la gestión del recurso, la cual contiene por lo menos dos características dentro del nivel de decisión colectiva, a saber: primero una esfera intracomunitaria que implicaría su uso interno y conservación; poder determinar quién y cómo se accede al sistema local del recurso; y determinar las sanciones y formas de transferencia de derechos relacionados a la gestión hídrica. Segundo, una esfera extracomunitaria que implicaría su legitimidad como interlocutores sobre la toma de decisiones nacionales en el uso, acceso y destino del recurso natural. Lo anterior significa la interrelación de derechos individuales en un contexto de decisiones colectivas¹⁵⁵. En palabras de Gentes: “La clave es que ese usufructo individual no es un derecho absoluto sino parte de un contexto de decisiones colectivas sobre la gestión del sistema de riego lo que tiene influencia en lo que uno puede hacer con el agua perteneciente a su derecho” (Gentes 2001: 32)

Esto podríamos enmarcarlo dentro de las características clásicas del derecho al agua, es decir correspondería proteger su aceptabilidad, es decir lo adecuado para la dignidad vida y salud de los indígenas; la disponibilidad de la fuente natural, es decir la cantidad y continuidad suficiente que debe tener el recurso para los usos otorgados por el pueblo indígena; la calidad se referiría a las características mínimas de limpieza que debe tener el agua para que no amenace los usos destinados por los indígenas; y la accesibilidad se relacionaría al alcance físico y económico de las fuentes del recurso hídrico, el respeto al principio de igualdad y no discriminación, como a la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionadas al agua. En todas ellas, se encontraría implícito los niveles arriba descritos.

¹⁵⁵ Cfr. Gentes 2001: 31-33

La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo refiere de la siguiente forma en el folleto informativo 35 dedicado al derecho al agua:

“Las fuentes naturales de agua utilizadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, como los lagos o ríos, pueden no ser ya accesibles debido a la expropiación o la apropiación gradual de las tierras por otros. El acceso puede verse amenazado también por la contaminación ilegal o la sobreexplotación. Además, las fuentes de agua de los pueblos indígenas pueden haber sido desviadas para abastecer de agua potable a las zonas urbanas. Así pues, para asegurar el derecho al agua de los pueblos indígenas puede ser necesario, en muchos casos, adoptar medidas para asegurar sus derechos a las tierras ancestrales, reforzar sus sistemas tradicionales de aprovechamiento del agua y proteger sus recursos naturales” (OACNUDH 2011: 26)

La protección internacional del derecho al agua en su faceta colectiva en relación a los pueblos indígenas garantizaría que dichos grupos continúen con su desarrollo normativo y delineen de manera autónoma sus proyectos de vida, dejando de lado el centralismo republicano y la exclusión social imperante, esta construcción jurídica está relacionada además con el concepto de autodeterminación¹⁵⁶, como se ha reconocido en la DNUDPI¹⁵⁷.

El respeto al régimen comunal de tenencia de recursos hídricos se deriva del carácter colectivo de los sistemas que estas poblaciones han utilizado y construido de forma intergeneracional. El derecho colectivo al agua, que no niega derechos individuales

¹⁵⁶ Cfr. Anaya 2010: 194-209; O'Donnell 2004: 847-910.

¹⁵⁷ “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (ONU 2007: art. 3)

sobre este recurso dentro de las mismas poblaciones indígenas¹⁵⁸, es clave para el funcionamiento del sistema indígena. La creación de responsabilidades, obligaciones, derechos y sanciones imbricadas en sus prácticas consuetudinarias alrededor del agua genera incentivos y límites en el comportamiento de sus miembros y trasciende un enfoque únicamente material como bien escaso y transable, este recurso está además íntimamente ligado a su subsistencia¹⁵⁹.

Por ello con su protección en tanto derecho humano, se permite fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su propio destino sobre la base de sus propias visiones de desarrollo e identidad. Protección que como se ha argumentado estará limitada por el mismo marco internacional de derechos humanos, el cual exige que no se romantice estos esquemas consuetudinarios. En contextos de competencia y presión hídrica como los actuales es necesario analizar de forma integral los problemas que surjan en relación al agua, sin entramparnos en esencialismos o modernismos, reconociendo las respuestas que se den desde las esferas locales indígenas a través de sus marcos institucionales para lograr convergencias y acuerdos sostenibles.

Dentro de las identidades indígenas el acceso y control del agua es esencial, la estrategia que ellas despliegan se orientan al reconocimiento de estos derechos para protegerse de injerencias externas con mayor poder político y económico que destruyen sus propias relaciones interpersonales e intercomunitarias y vulneran sus formas y concepciones de

¹⁵⁸ Beccar, Boelens y Hoogendam refieren que: “[...] Los derechos de agua colectivos son la exigencia del uso del agua de la organización de usuarios o comunidad frente a otras personas (individuales o colectivas), cuyos intereses, eventualmente, pudiesen colisionar con los suyos. Estos derechos determinan también las formas y condiciones colectivas de acceso a la fuente de agua y prerrogativas y cargas asumidas como grupo frente a terceros. A su vez, los derechos de agua individuales, que existen dentro de cada sistema, establecen las relaciones de acceso al agua entre los diferentes usuarios y sus respectivos derechos y obligaciones” (Beccar, Boelens y Hoogendam 2007: 24)

¹⁵⁹ Cfr. Urteaga 2006: 113-158 y Boelens 2006: 11-46.

vida, afectando su dignidad personal a través de un enfoque usurpador de sus derechos y libertades¹⁶⁰. Allí radica la importancia de la acción colectiva y el respeto de sus propios arreglos institucionales basados, normalmente, en la reciprocidad en relación al agua¹⁶¹.

De este modo, el derecho colectivo al agua fortalecería la operatividad de políticas de agua de forma menos discriminatoria en perjuicio de las poblaciones indígenas y permitiría menor ceguedad en la aplicación de estas desde el Derecho oficial, dando espacio al entendimiento y a la posibilidad de evaluar las características positivas, oportunidades y desafíos en la gestión comunitaria, la naturaleza instrumental de las prácticas culturales y los esquemas consuetudinarios indígenas. De ahí que Gelles, por ejemplo, en el caso de las poblaciones andinas ponga:

“[...] énfasis de entender a la comunidad como el lugar clave para la producción cultural andina y para el manejo del agua de riego. Claramente, hay allí una fuerte base material y espiritual para la forma de vida y las orientaciones culturales andinas, una base que tiene fundamentos sólidos en una antigua infraestructura y en bien desarrollados entendimientos que unen el paisaje sagrado con la producción, la comunidad, la propiedad comunal y la identidad cultural” (Gelles 2006: 113)

En este contexto, es importante puntualizar que para anteponer el diálogo a las perspectivas monólogas en los espacios multiculturales es necesario reconocer como interlocutores válidos a los pueblos indígenas. Es imprescindible la existencia de un sustrato mínimo común dentro de la organización contemporánea de los Estados para que el contrato social sea suscrito y legitimado por el agregado humano y permita la

¹⁶⁰ Cfr. Hoekema 2006: 189-225

¹⁶¹ Cfr. Gelles 2006: 83-128. Sobre el esquema de reciprocidad en las poblaciones indígenas ver Smith 2002b: 155-179.

existencia de ciudadanos dialogantes que mantengan, generen o modifiquen sus propias instituciones de comportamiento y relación con su entorno.

Ello contribuirá a revelar que muchos de los usos consuetudinarios y las propias identidades locales de los pueblos indígenas pueden ser compatibles con esquemas contemporáneos de desarrollo¹⁶². Luego de lo expuesto, creemos que avasallar a los indígenas contra su libertad respecto del conjunto nacional, significaría impedirles defender y ejercitar sus derechos como grupos diferenciados y negarles su capacidad creativa para la generación de riqueza, a cuyo objetivo -cabe precisar- no colaboran los enfoques paternalistas o meramente asistencialistas ni la creencia de la aplicación uniforme de modelos o políticas, pese a las diferencias coyunturales, geográficas y sociales¹⁶³.

De lo anterior, se desprende que al conculcar el contenido del derecho colectivo al agua se vulnera la formación de su propia identidad e impide su sustento material condenándolos a una forma de extinción. Uno de los mecanismos desarrollados a partir del Convenio N° 169 de la OIT para no conculcar los derechos de los pueblos indígenas en general es el deber estatal de llevar a cabo procesos de consulta y consentimiento libre, previo e informado cuando se desarrollen proyectos o implementen políticas que afectarán a dichas comunidades, no solo en relación a sus tierras o recursos naturales de su entorno, sino también en relación a sus propias formas de vida; “[...]e]sto es lo propio de la interculturalidad: la apertura de espacios públicos inclusivos de la diversidad cultural y el pluralismo lingüístico que hagan posible la deliberación

¹⁶² En Australia, por ejemplo, comunidades indígenas han desarrollado exitosamente join ventures con empresas de diverso tipo. En Canadá, comunidades indígenas se han beneficiado del desarrollo de proyectos previa consulta y diálogo transparente. Cfr. Rivera y Rinaldi 2008: 89.

¹⁶³ Boelens 2007a: 48-65

intercultural, espacios donde se pueda discutir libremente y en condiciones simétricas. [...]” (Tubino 2006: 143)

Así, la consulta como mecanismo de entendimiento respecto a los pueblos indígenas no solo ha sido recogido en instrumentos internacionales de carácter universal¹⁶⁴, sino que ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial¹⁶⁵ y ha sido incluido en las políticas

¹⁶⁴ Consultar principalmente el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 6 y 7) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 4, 5, 18, 19 y 23). En ese mismo sentido ver Andrada y Gonza 2010.

¹⁶⁵ Respecto del derecho a la consulta se ha venido desarrollando abundante jurisprudencia tanto a nivel internacional como local. Así por ejemplo la CIDH ha manifestado que: “[...] uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. Ello exige, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente [...]”. Cfr. CIDH 2004: párr. 142. En esa línea los Tribunales Constitucionales colombiano y peruano respectivamente dijeron: “[...] en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y que tiene un reforzamiento en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos.” Cfr. CC 2008: fj. 4.1; “Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio [N° 169 de la OIT] se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional” Cfr. TC 2010a: fj. 26. Para un análisis más detallado

operativas de instituciones multilaterales de desarrollo¹⁶⁶. Si bien los procesos de consulta garantizan un mayor entendimiento entre las partes y protegen de injerencias arbitrarias sobre las poblaciones indígenas, el derecho colectivo al agua garantizaría la existencia misma de estos pueblos. En el siguiente capítulo desarrollaremos estas ideas a través de la propuesta que se desarrolla para la protección del contenido jurídico del derecho al agua en relación a los pueblos indígenas desde la Corte IDH.

se pueden consultar las siguiente sentencias de la Corte Constitucional Colombiana: CC 2009; CC 2002 y CC 2003; para el caso peruano ver: TC 2010b y TC 2009.

¹⁶⁶ El manual de operaciones del Banco Mundial OP 4.10 recoge expresamente: “[...] En todos los proyectos propuestos para financiamiento por el Banco que afectan a Pueblos Indígenas, el Banco exige que el prestatario lleve a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada [...]” y reconoce que “Los Pueblos Indígenas están estrechamente vinculados a la tierra, los bosques, el agua, la vida silvestre y demás recursos naturales, por lo que es necesario aplicar ciertas consideraciones especiales si el proyecto afecta a estos vínculos [...]”. Cfr. BM 2005: párr 1 y 16. Ver también: BID 2006a y 2006b; y CFI 2010.

CAPÍTULO III

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

“Como otros hombres edifican sus proyectos sobre sus empleos, títulos, artes o finanzas, sobre la tierra y sus frutos los comuneros levantaban su esperanza... Y para ellos la tierra y sus frutos comenzaban por ser un credo de hermandad”

Ciro Alegría (El mundo es ancho y ajeno)

3.1 Criterios y mecanismos para la protección jurídica del derecho al agua en relación a las poblaciones indígenas a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En los capítulos anteriores se desarrolló y analizó cómo el agua ha venido adquiriendo la condición jurídica de derecho humano en la actualidad, y específicamente cómo se configura una dimensión colectiva cuando lo relacionamos a los pueblos indígenas en las sociedades multiculturales contemporáneas; una vez hecho tal reconocimiento corresponde estudiar la posibilidad de su exigibilidad jurídica ante los tribunales de justicia para lograr fortalecer el respeto y garantía del mismo. En tanto que el ámbito dentro del cual se desarrolla esta investigación es el del DIDH y considerando a la Corte IDH como uno de los órganos jurisdiccionales internacionales más importantes sobre esta materia, en el presente capítulo desarrollaremos la hipótesis principal de este trabajo de tesis; a saber el análisis de la viabilidad jurídica de la protección del derecho

humano al agua de los pueblos indígenas en su dimensión colectiva a través de la Corte IDH y su eventual construcción jurídica desde las posibilidades que nos ofrece la CADH como principal instrumento normativo ante dicha instancia.

El SIDH, y concretamente la Corte IDH como uno de sus órganos cuyas decisiones jurisdiccionales son obligatorias y vinculantes para los Estados que aceptaron su competencia, nos ofrece interesantes espacios para desarrollar el contenido y alcance jurídico de este derecho, no solo por la naturaleza jurisdiccional de dicho órgano sino además por la influencia que despliega a través de sus pronunciamientos en los países, principalmente latinoamericanos, de la región. La elección de esta vía no implica afirmar que sea el mejor mecanismo para la protección del derecho humano al agua en relación a las poblaciones indígenas, naturalmente la existencia de otros instrumentos y órganos locales, regionales e internacionales deben ser tomados en cuenta en las valoraciones de cada caso en específico.

Al margen de ello, se podrá observar cómo los diferentes instrumentos y mecanismos existentes pueden potencialmente coadyuvar al reconocimiento de tal derecho y a su exigibilidad jurídica. Tanto cortes constitucionales, relatorías temáticas en relación al tema que nos ocupa, grupos de trabajo legitimados, tribunales de conciencia y mesas técnico-políticas de diálogo como los instrumentos internacionales de derechos humanos y los documentos originados a partir de estas instancias permiten articular un *corpus juris* que fortalece el respeto y protección de este derecho por los mismos Estados y las sociedades en general.

Por otro lado, no debe pasar desapercibido que, incluso, para exigir la protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona ante la Corte IDH por responsabilidad atribuible al Estado, procesalmente se requiere ventilar el caso de

manera previa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁶⁷. Por ello, teniendo en cuenta que la privación del agua en general, y en los contextos relacionados a los pueblos indígenas en particular, puede generar graves consecuencias en los derechos individuales y colectivos, debe ser evaluada la situación en concreto y la urgencia de la misma para tomar uno u otro mecanismo. En todo caso, creemos que el reconocimiento y desarrollo del derecho humano al agua en relación a los pueblos indígenas a través de la Corte IDH sería un avance en la construcción de herramientas para el acercamiento a estrategias inclusivas y coordinadas de políticas públicas sobre este recurso, los Estados Partes contarían con conceptos mejor definidos y enfoques más precisos para el cumplimiento de compromisos internacionales sobre esta materia, y las poblaciones indígenas poseerían mayores elementos jurídicos para la protección de sus derechos y libertades.

En el caso de la Corte IDH se pueden identificar tres mecanismos con determinadas características a través de los cuales se puede desarrollar la protección de este derecho, aunque cada uno con diferentes alcances y consecuencias. En primer lugar, se puede utilizar el mecanismo contencioso contra algún Estado parte¹⁶⁸ que le permita a la Corte IDH desarrollar jurídicamente dicho derecho y otorgar reparaciones concretas por la violación estatal del derecho al agua contra un pueblo indígena determinado; en segundo lugar a través de una opinión consultiva¹⁶⁹, la cual se tendría que originar en la consulta y formulación de preguntas de algún Estado miembro de la OEA o alguno de los órganos de esta última, esto permitiría desarrollar el contenido de este derecho y las obligaciones de los Estados Partes en el marco de la CADH; y en tercer lugar, a través

¹⁶⁷ La CIDH es un órgano importante y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos en las Américas. Tiene su sede en Washington, D.C.

¹⁶⁸ Cfr. OEA 1969: art. 62.

¹⁶⁹ Cfr. OEA 1969: art. 64

de medidas provisionales¹⁷⁰ que fungirían como herramientas de prevención ante la amenaza inminente e irreparable de dicho derecho. En todos los casos la Corte debería desarrollar los criterios a través de los cuales sustenta la protección del derecho al agua en relación a los pueblos indígenas, aunque por las características de los dos primeros el análisis de dicho derecho sería más exhaustivo y detallado en estos.

Cabe resaltar que cada uno de estos mecanismos conlleva una serie de procedimientos y requisitos específicos, lo importante para esta investigación es tener en cuenta únicamente la existencia de estas tres posibilidades como plataforma para el objetivo del presente trabajo; es decir, lo sustancial es estudiar y plantear los criterios sustantivos en relación al derecho que nos ocupa que eventualmente podría utilizar la Corte IDH para su protección. A continuación desarrollaremos estos criterios de fondo y los elementos para la construcción de dicha argumentación.

3.1.1 Interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Convención Interamericana sobre Derechos Humanos

La protección del ser humano ha supuesto que los Estados vayan adquiriendo obligaciones internacionales mediante la suscripción y ratificación de instrumentos de derechos humanos; en los últimos cincuenta años se ha desarrollado de manera sustancial una serie de cuerpos normativos internacionales relacionados al respeto y garantía de la dignidad de las personas, comprometiendo así la gestión de todas las ramas del poder público a los fines del tratado. Para que esa protección sea efectiva se requiere entonces que dichos compromisos -así como las recomendaciones o resoluciones provenientes de los órganos creados a partir de ellos- sean adoptados e

¹⁷⁰ Cfr. OEA 1969: art. 63.2

implementados de buena fe por los Estados, y no como una simple formalidad internacional.

Al sostener que los tratados internacionales de derechos humanos se basan en la idea de protección de las personas, se admite el carácter progresivo y expansivo de estos ya que estas garantías se corresponden como escudo frente a las formas con que la arbitrariedad y autoritarismo buscan expresarse. El desarrollo de los derechos humanos ha devenido en su reconocimiento cada vez más amplio de acuerdo a la evolución y necesidad de los tiempos. De este modo, este ámbito del derecho ha venido desarrollándose paulatinamente de acuerdo a los desafíos que se presentan a lo largo de la historia desde sus orígenes.

Las diferentes circunstancias que encontramos como sociedades a través de las épocas configuran el surgimiento de necesidades nucleares, la reordenación de prioridades así como la redefinición de conceptos, para afrontarlos se requiere la implementación de instituciones adecuadas como condiciones indispensables para acercarnos a la aspiración del ser humano como ser libre dotado de ciertas atribuciones para el respeto de su dignidad. Por ello, el desarrollo jurídico y principalmente el de los derechos humanos debe tomar en cuenta y revisar de manera continua estos cambios, ciclos y perspectivas a luz del objeto y fin de los cuerpos normativos relacionados a esta materia. Ello significa que los órganos competentes realicen una interpretación¹⁷¹ valorando de manera rigurosa, objetiva y proporcional los conceptos y soluciones

¹⁷¹ Según Steiner y Alston: “There is no shortcut to a reliable sense of how a given treaty will be construed. Even immersion in a mass of diplomatic correspondence and cases would not develop such a skill. In view of the variety of treaties and of approaches to their interpretation, such learning would more likely shed light on the possibilities than provide a certain answer to any given question. [...] The long-term treaty must benefit from a certain flexibility and room for development if it is to survive changes in circumstances and relations between the parties. Changes in conditions like those that make *rebus sic stantibus* an attractive doctrine may lead a court or executive official to interpret a treaty liberally so as to give it a sensible application to new circumstances” (Stainer y Alston 1996: 35-36)

vigentes para los problemas emergentes. Para el ex-Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez:

“[...] Esta relectura del ordenamiento internacional, a la luz del objeto y fin del tratado --que se concentran en la tutela más amplia de los derechos humanos-- y bajo el apremio de circunstancias renovadas, ha llevado a precisar evolutivamente el significado de los preceptos convencionales sin extraviar el rumbo de la Convención ni alterar su signo fundamental. Por el contrario, éstos se han afirmado y fortalecido. La relectura de los textos --característica de los tribunales constitucionales en el sistema nacional y de los tribunales convencionales en el internacional-- permite mantener al día la tutela de los derechos y responder a las novedades que aporta el desarrollo en las relaciones entre el individuo y el poder público”¹⁷² (García 2006: párr. 1)

¹⁷² El mismo juez añade: “Desde luego, nada de esto implica que el tribunal ponga en movimiento su imaginación y altere los lineamientos de la Convención, sin pasar por las instancias normativas formales. No se trata, en suma, de “reformular” el texto de aquella, sino de desarrollar las decisiones jurídicas del ordenamiento para que mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, y que traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, principios y normas en vigor. En esta dirección ha marchado la jurisprudencia interamericana, gobernada por las disposiciones suscritas en 1969, en las que ha sabido encontrar, generalmente, el significado actual y pertinente para enfrentar y resolver las condiciones de cada nueva etapa. [...]”

Si el destinatario de la tutela que ofrece la Convención y el aplicador de ésta se detienen en la letra de las expresiones, conforme fueron escritas hace varias décadas, limitará la expectativa de protección --aquél-- y la posibilidad de otorgarla --éste-- a los supuestos de juicio formal seguido ante los órganos judiciales” (García 2006: párrs. 3 y 5).

Para el también ex-Presidente de la Corte IDH, Cançado Trindade: “Toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos humanos. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización

En el caso de la Convención Americana, la Corte IDH como su máximo órgano jurisdiccional ha tenido que evaluar y explorar el sentido y alcance de los derechos y libertades fundamentales allí contenidos en sus más de tres décadas en ejercicio de funciones. Esta encomiable tarea no ha estado libre de críticas e intensos debates, propios de las decisiones de un tribunal internacional y su facultad de declarar la responsabilidad de un Estado por violaciones de derechos humanos. En esa línea es que adquiere vigencia e importancia el concepto sustentado por la Corte IDH al establecer que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación debe adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular, a las condiciones de vida actuales”¹⁷³ (Corte IDH 2001a: párr. 146). Con el mismo énfasis ha establecido que

del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo.” (Cançado 1999: párr.3). Incluso, ya en 1928, el árbitro Max Huber en el caso de la Isla de Palmas (Estados Unidos vs. Holanda) lo expresaba de la siguiente manera: “A judicial fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time such a dispute in regard to it arises or falls to be settled”. (Huber 1928)

¹⁷³ En ese mismo sentido para la Corte Europea de Derechos Humanos: “That the [European] Convention [on Human Rights] is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions is firmly rooted in the Court’s case-law [...]. Such an approach, in the Court’s view, is not confined to the substantive provisions of the Convention, but also applies to those provisions [...]. It follows that these provisions cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago.” (ECHR 1995: párr. 71). Al mismo tiempo resultan ilustrativos el caso Airey versus Irlanda donde la Corte Europea de Derechos Humanos expresa: “[...] the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (...) and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals (...). Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.” (ECHR 1979: párr. 26); y el caso Dudgeon contra el Reino Unido en el que se analiza a la luz de la evolución de los tiempos la compatibilidad de la legislación sobre homosexualidad en Irlanda del Norte con la Convención Europea de Derechos Humanos, así manifesto: “As compared with the era when that legislation was enacted, there is now a better understanding, and in consequence an increased tolerance, of homosexual behaviour to the extent that in the great majority of

“[...] al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”¹⁷⁴ (Corte IDH 2005c: párr.106). La formulación de estos criterios ha sido consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29¹⁷⁵ de la CADH.

the member States of the Council of Europe it is no longer considered to be necessary or appropriate to treat homosexual practices of the kind now in question as in themselves a matter to which the sanctions of the criminal law should be applied; the Court cannot overlook the marked changes which have occurred in this regard in the domestic law of the member States. [...]

Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.” (ECHR 1981: párr. 60).

Por último, en el ámbito del derecho internacional público, ya la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre Namibia de 1971 expresó: “[...] the Court is bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant-“the strenuous conditions of the modern world” and “the well-being and development” of the peoples concerned-were not static, but were by definition evolutionary, [...]. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation [...]” (ICJ 1971: párr. 53).

¹⁷⁴ Al respecto, para Henderson se debe “[...] tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano [...]” (Henderson 2004: 87).

¹⁷⁵ “Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Precisamente, para determinar la protección del derecho al agua a través de la Corte IDH reviste especial importancia el artículo 29 mencionado, sobre todo en relación con las protecciones especiales para los pueblos indígenas, ya que dicho artículo proporciona el marco a través del cual se realiza la interpretación del sentido y alcance de los derechos recogidos en el tratado. Dicho artículo ha sido utilizado por la Corte IDH para precisar el contenido y alcance de ciertas disposiciones de la CADH¹⁷⁶, para fijar criterios de interpretación como los mencionados en el párrafo anterior; y para determinar el alcance de su competencia consultiva¹⁷⁷. En este marco es que se sustenta la interpretación extensiva del contenido de los derechos humanos y la interpretación restrictiva de sus limitaciones.

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” (OEA 1969: art. 29)

¹⁷⁶ Por ejemplo la Corte consideró pertinente “tom[ar] en cuenta, a la luz de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, la significación de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio” para lo cual “consider[ó] útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana” (Corte IDH 2006a: párr. 154 y 157). Ver también: Corte IDH 2003a: párrs. 101 a 103 y Corte IDH 2001a: párrs. 147, 148 y 153. En estos dos últimos casos la Corte IDH incluye bajo el alcance del derecho a la propiedad del artículo 21 de la CADH los efectos patrimoniales del derecho a la pensión y el derecho a la propiedad comunal respectivamente.

¹⁷⁷ La Corte IDH ha señalado que de acuerdo al artículo 29.d de la Convención “La circunstancia de que la Declaración [Americana de Derechos y Deberes el Hombre] no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla [...]” (Corte IDH: 1989a, párr. 47). En esa línea ha establecido que “[...] excluir, *a priori*, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el artículo 29.b)” (Corte IDH: 1982a, párr. 42.)

Por ello, y como fue mencionado anteriormente, es importante recordar y no perder de vista que los tratados de derechos humanos crean obligaciones objetivas para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, en vez de construir derechos subjetivos y recíprocos entre Estados. Así:

“[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”¹⁷⁸ (Corte IDH 1982b: párr.29)

A este efecto, no se pudo dejar de resaltar que las disposiciones e instrumentos de protección de derechos humanos se enmarcan dentro de un sistema que incluye valores y fines concretos, como es el de lograr la efectiva tutela de los derechos consagrados en los mismos y brindarles un tratamiento adecuado. De lo contrario, estas herramientas

¹⁷⁸ En ese mismo sentido la Corte Europea de Derechos Humanos manifestó: "Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble benefit from a 'collective enforcement'." (ECHR 1978: párr. 239) Por su parte la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva relativa a las Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1951 expresó: "In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions" (ICJ 1951: 12).

jurídicas quedarían como compartimientos estancos y representarían eslabones aislados sin generar efectos en sus destinatarios.

En ese sentido, consideramos que el criterio de sistema integral, en cuanto conjunto de normas de protección a los derechos humanos, debe estar siempre presente a la hora de interpretar sus efectos y aplicarlas a un caso concreto. Por ello, y recordando lo manifestado por la Corte IDH: “[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)” (Corte IDH 1999a: párr. 192). Asimismo ha señalado que el “[...] ‘sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de manera tal que la interpretación no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención” (Corte IDH 2009a: párr. 42).

De lo anterior se desprende la importancia que adquiere el sentido y efecto que se otorga a un tratado de derechos humanos en la aplicación del mismo, dada la configuración de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones en relación a las personas bajo su jurisdicción. En palabras de la Corte IDH:

“La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí

derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”¹⁷⁹ (Corte IDH 1999b: párr. 41)

La realización de una eficaz protección de los derechos humanos representa el objeto y fin de la CADH, por ello, la interpretación que se haga de la Convención debe otorgarle su pleno sentido y permitir que el sistema de protección a cargo de sus dos principales órganos adquiera lo que la Corte IDH ha determinado como "su efecto útil"¹⁸⁰. Con la interpretación que se realice se debe analizar el propósito de las normas involucradas. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos manifiesta:

“In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms [...] Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective [...] In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with ‘the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society’ [...]” (ECHR 1989: párr. 87)

¹⁷⁹ Ver también Corte IDH 1999c: párr. 42.

¹⁸⁰ Desde su primera jurisprudencia la Corte IDH ha manifestado: “El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo ‘su efecto útil’” (Corte IDH 1987c: párr.30). Así mismo ha señalado que: “Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales [...]” (Corte IDH 1999b: párr. 36).

La búsqueda de la protección de los derechos humanos no debe ser obstruida de manera injustificada hasta el punto de perder de vista el espíritu del *corpus juris* del DIDH el cual se orienta a la protección del ser humano y a la reparación de las víctimas, quienes han sufrido los embates de actos arbitrarios.

Si bien las exigencias materiales deben ser cumplidas con precisión y de buena fe por los Estados Partes, la salvaguarda de un derecho humano, aún no contenido de manera expresa en la CADH, no debe ser rechazada *in limine*. Por el contrario, la necesidad de su valoración a luz de los hechos del caso y del resguardo del equilibrio entre la defensa de los derechos humanos, la seguridad jurídica y equidad procesal se torna fundamental para cumplir con el fin último del sistema y el aseguramiento de la confiabilidad y estabilidad de la tutela internacional.

En la siguiente sección se analizará la viabilidad y posible construcción jurídica para la protección del derecho bajo análisis a la luz del artículo 29 de la CADH, principalmente a través de los incisos b), c) y d), los cuales prohíben que se interpreten los derechos y libertades contenidas en dicho instrumento de manera que se excluya o limite i) el goce o ejercicio de derechos reconocidos de acuerdo con las leyes internas del Estado y con otras convenciones del que sea parte ii) aquellos que puedan derivarse de la forma democrática de gobierno y iii) los efectos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) u otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por el momento, basta haber precisado el marco y herramientas de interpretación utilizadas para tal fin.

3.1.2 Protección del derecho humano al agua en relación a los pueblos indígenas a partir de la interpretación conjunta de los derechos a la propiedad (art. 21), a la vida (art. 4.1) y a la personalidad jurídica (art. 3) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como ha sido expuesto anteriormente, el derecho al agua de las poblaciones indígenas y los sistemas de acceso y manejo que se desprenden de este a través de arreglos institucionales contruidos a través del tiempo se enfrentan con diversos problemas de negación, discriminación, usurpación y destrucción desde el Estado y diferentes agentes externos generando una serie de conflictos sobre el recurso hídrico. La práctica recurrente por lo general produce un debilitamiento de las estructuras socioeconómicas de dichos grupos y la libertad de decidir sobre su propio desarrollo según sus costumbres e identidades culturales. A partir de allí es que debe ser evaluada la confrontación con otros derechos y la implementación de políticas públicas que afecten dicho elemento natural¹⁸¹.

Es importante referir que el derecho al agua no se encuentra expresamente recogido en la CADH ni en ningún tratado en el ámbito interamericano. La situaciones emergentes y los contextos en los que dicho derecho ha surgido son de reciente discusión. Hoy en día, el *corpus juris* referido al derecho al agua relacionado a las poblaciones indígenas se ha generado, principalmente, a partir del sistema universal de derechos humanos, donde las diversas estrategias y planteamientos desarrollados vienen reflejando un orden internacional fortalecido sobre la materia¹⁸².

¹⁸¹ Para Rodolfo Stavenhagen “[l]as desigualdades estructurales que llevaron históricamente a la enajenación de sus derechos y dignidad humanos [de los pueblos indígenas] están profundamente enraizadas en la sociedad contemporánea, a pesar de las recientes reformas legales en muchos países, y sus efectos aún siguen existiendo y determinando las vidas de los pueblos indígenas.” (Stavenhagen 2010: 374). Por su parte Ingo Gentes reflexiona de la siguiente manera: “[l]os recursos hídricos forman parte de una política de Estado y economía, donde las formas rentables y mercantiles de manejo de agua son priorizadas de facto frente a los sistemas de gestión comunal o de la propiedad común de los recursos que si bien busca fines de lucro (restringidos y limitados) se basa principalmente en el apoyo mutuo y recíproco de los usos y costumbres en torno al agua” (Gentes 2001: 10)

¹⁸² Dentro del sistema universal de derechos humanos entre las principales plataformas de revisión e impulso sobre esta materia se destacan el antiguo Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, establecido en 1982 en virtud de la resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y principal impulsor de la elaboración de la hoy DNU DPI; el Relator Especial sobre la situación de los

De lo anterior se desprende como pregunta inicial si la Corte IDH podría tutelar un derecho no consagrado expresamente en la CADH. Los mecanismos de interpretación existentes, la labor de un tribunal de derechos humanos y la correspondencia con el espíritu en esta materia paulatinamente desarrollada nos permiten llegar a una respuesta afirmativa.

Si nos tuviéramos que atener estrictamente a los límites del derecho positivo, a las vallas montadas desde el voluntarismo estatal y a la interpretación textualista poco se hubiera avanzado en la conquista de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, y en definitiva menores hubieran sido los avances en la consecución del respeto y garantía de la dignidad como característica ontológica inherente a la persona humana. Así, la ausencia del reconocimiento expreso de un derecho humano, como el agua, en la CADH, como principal instrumento interamericano de protección de los derechos humanos, o alguna Constitución, como norma jurídico-política cúspide del ordenamiento jurídico de un país, no impide *prima facie* su reconocimiento y tutela jurisprudencial.

derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, creado en 2001 en virtud a la resolución 2001/57 de la extinta Comisión de Derechos Humanos, quien presenta informes temáticos anuales al Consejo de Derechos Humanos sobre asuntos que tienen un impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas, lleva a cabo visitas oficiales a países bajo invitación de los gobiernos respectivos y formula recomendaciones al respecto así como envía peticiones urgentes a los gobiernos en caso de inminente peligro de violaciones de derechos humanos de los pueblos indígenas, entre otras funciones; el Foro Permanente para las cuestiones indígenas, establecido en virtud de la resolución 2000/22 del ECOSOC, que presta asesoramiento a dicho Consejo sobre asuntos económicos y sociales relativos a los pueblos indígenas; finalmente, en la Resolución 6/36 de 2007 el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un mecanismo subsidiario de expertos que proporcione al Consejo asesoría temática especializada sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Como se ha explicado en el primer capítulo, los derechos humanos surgen como condición inseparable de la persona humana en tanto ser dotado de dignidad, y se materializan progresivamente en atención a ciertas exigencias y cambios de distinta índole en las estructuras sociales, según los tiempos contemporáneos de la época que se trate. Bajo esta perspectiva, el derecho al agua no corresponde a una entrega discrecional o contractual del Estado, al contrario surge como parte de la necesidad de garantizar efectivamente la libertad e igualdad en el goce de derechos de los indígenas con el resto de la sociedad, normalmente mayoritaria y excluyente¹⁸³. El desarrollo jurídico de dicho derecho estaría dando respuesta a los cada vez más visibles y

¹⁸³ Stavenhagen la expresa de la siguiente manera “[...] el hecho es que los indígenas continúan sufriendo un grave déficit de derechos humanos. No disfrutan en la práctica, de todos sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en la misma medida que otros miembros de la sociedad. He proporcionado pruebas de esto al Consejo de Derechos Humanos en mis once informes de visitas a países. Así que el diferente grado de cumplimiento con el discurso de los derechos humanos señala, desde [el] principio, una situación de desigualdad entre los pueblos indígenas y no indígenas que resulta de un[] patrón de *acceso diferente y desigual* a estos derechos. Si bien la *ineficacia* de los mecanismos de aplicación de los derechos es, sin duda, un factor que explica esta situación, otros factores son la *inadecuación* de las políticas de derechos humanos, los *obstáculos* con los que se encuentran los pueblos indígenas cuando quieren ejercer sus derechos y las diversas formas de *discriminación* que siguen sufriendo en todo el mundo.

[...] Si los mecanismos clásicos de protección de los derechos humanos (acceso igual a los tribunales, justicia imparcial, defensoría eficiente) no han funcionado o, al menos, no funcionaron bien para los pueblos indígenas, entonces debemos buscar otras causas para la desigualdad que no son formalmente institucionales sino que están más profundamente enraizadas en la historia y las estructuras sociales de la sociedad nacional. La causa subyacente en este caso es el racismo étnico y la discriminación contra los pueblos indígenas, que son fenómenos multidimensionales que hay que enfrentar a distintos niveles. [...] Los estudios del Banco Mundial muestran que la discriminación institucional contra los pueblos indígenas no ha cambiado mucho en los últimos diez años” (Stavenhagen 2010: 383-384). Para consultar los informes por país del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas ver OACNUDH 2010. Ver también el estudio sobre los obstáculos y desafíos en la implementación de recomendaciones del Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, del Comité de Derechos del Niño y del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, respecto de los pueblos indígenas en Bolivia, Ecuador y Perú. Cfr. Cunningham y otros 2008.

conflictivos supuestos de hecho con que se enfrenta el Derecho en materia de derechos humanos respecto de las poblaciones indígenas en relación al agua y cristalizaría un mayor empoderamiento de dichos grupos para el goce de sus derechos en general.

Esta construcción de ningún modo supone alcanzar el reconocimiento jurídico del derecho al agua dentro del SIDH vía una interpretación aventurera o caprichosa, se requiere un cuidadoso despliegue interpretativo de las disposiciones de la CADH para obtener su protección; interpretación que deberá respetar necesaria y obligatoriamente los lineamientos otorgados por el mismo sistema para legitimar su reconocimiento y consecuente salvaguarda. Por ello, la construcción que se desarrolle no debe desvirtuar el espíritu del instrumento normativo, deberá reflexionar en las consecuencias materiales y formales que se originaren así como respetar, con el rigor del caso, el marco establecido para el fin que se propone. Esto permitirá, además, velar por la seguridad jurídica la cual garantiza no sólo la estabilidad del SIDH, sino la certeza en las obligaciones a las cuales se comprometieron los Estados Partes y que derivan para estos por someterse a los órganos internacionales de protección respectivos.

Por lo general, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido transitando en esta línea a partir de la función ordenadora en materia de derechos humanos de la CADH como un cuerpo *in toto* sobre los países que la han ratificado. Dicho tribunal, en su labor de intérprete, se ha visto en la obligación de ir definiendo el contenido y significado vigente de las normas para dar una respuesta adecuada al objeto y fin del tratado. A manera de ejemplos podemos nombrar el reconocimiento del derecho a la verdad¹⁸⁴, el

¹⁸⁴ En ese sentido: “toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en este caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas.” (Corte IDH 2004a: párr. 128)

reconocimiento del derecho a la asistencia consular¹⁸⁵, la garantía del derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas¹⁸⁶, el reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación¹⁸⁷ y el acceso a la justicia¹⁸⁸ como dominio del *jus cogens*, así como las medidas especiales de protección hacia los niños según el artículo 19 de la CADH¹⁸⁹, la violación de la personalidad jurídica por el delito de desaparición forzada¹⁹⁰ y el derecho a la identidad¹⁹¹, entre otros.

¹⁸⁵ En ese sentido: “la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal [...]” (Corte IDH 1999d: párr. 137)

¹⁸⁶ En ese sentido: “la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones.” (Corte IDH 2007: párr. 133)

¹⁸⁷ En ese sentido: “este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.” (Corte IDH 2003b: párr. 101)

¹⁸⁸ En ese sentido: “El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo.” (Corte IDH 2006b: párr. 131)

¹⁸⁹ En ese sentido, “[p]or lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.” (Corte IDH 2002: párr. 28)

¹⁹⁰ En ese sentido: “la Corte estima que en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos. Esto se

Por su parte, si observamos el nivel interno, en el caso peruano el Tribunal Constitucional ha derivado a través de la interpretación constitucional, por ejemplo, garantías sustantivas para la consagración de derechos no positivados, entre ellos el derecho a la verdad¹⁹², la objeción de conciencia¹⁹³, la titularidad de derechos

tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica [...]” (Corte IDH 2009b: párr.101)

¹⁹¹ En este sentido, la Corte expresó sobre el derecho a la identidad: "que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (Corte IDH 2011: párr. 122)

¹⁹² En ese sentido: “el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional [...]

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar” (TC 2004: fj. 13 y 14)

¹⁹³ En ese sentido: “Es de advertirse que nuestra Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si la objeción de conciencia se trataría de un derecho "constitucional" [...]

[E]xisten determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional [...]

Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de

fundamentales por parte de personas jurídicas¹⁹⁴, el derecho al agua potable¹⁹⁵, entre otros. La Constitución Política peruana vigente contiene el postulado de cláusula abierta en su artículo 3º¹⁹⁶ lo que permite la inclusión y reconocimiento de derechos no establecidos preliminarmente de forma expresa. Además, es importante resaltar que de acuerdo a la misma carta fundamental los instrumentos internacionales son incorporados al ordenamiento jurídico nacional (artículo 55º) y las normas relativas a los derechos y a

conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia.” (TC 2002: fj. 5 y 6)

¹⁹⁴ En ese sentido: “A juicio de este Tribunal, toda persona jurídica, salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines, pero que, para efectos de la personería que las justifica en el mundo de las relaciones jurídicas, adopta una individualidad propia; esto es, la forma de un ente que opera como centro de imputación de obligaciones, pero también, y con igual relevancia, de derechos [...]”

[Q]ueda claro que si a toda persona natural se la habilita para que pueda participar en forma individual o asociada, mediante diversas variantes de organización (principalmente personas jurídicas) es porque estas últimas retienen para sí una multiplicidad de derechos fundamentales [...]

Siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica. En dicho nivel resulta evidente que los derechos objeto de invocación solo pueden ser aquellos compatibles con la naturaleza o características de cada organización de individuos, incidencia que, por de pronto, impone en el juez constitucional el rol de meritador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañan” (TC 2006: fj. 8, 10 y 13) Para el caso de comunidades indígenas ver TC 2010c: fj. 22-26

¹⁹⁵ En ese sentido: “[...] la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho” (TC 2007: fj. 17)

¹⁹⁶ “Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (Perú 1993: art. 3º)

las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria), en este caso la CADH y aquellos cuerpos normativos relacionados a los derechos humanos respecto de los pueblos indígenas. Este marco constitucional permite la incorporación del derecho al agua en relación a las poblaciones indígenas al ordenamiento jurídico interno peruano¹⁹⁷.

Al margen de las consideraciones jurídicas particulares, favorables o detractoras, sobre la labor interpretativa desplegada para cada derecho, no puede negarse dicha facultad a la luz ya sea del marco convencional, dentro del SIDH, o constitucional, si observamos el caso peruano. Por ello, sostenemos que la consagración jurisprudencial, luego de un análisis objetivo y riguroso, de otros bienes jurídicos fundamentales de la persona es medular para no comprometer la vigencia y goce efectivo de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho¹⁹⁸ en relación a los desafíos

¹⁹⁷ En ese sentido, “[...] [e]n la medida en que el ordenamiento jurídico no crea *strictu sensu* los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos, su individualización pueden operar no sólo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú, sino que también lo puede ser desde una formula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional” (TC 2007: fj. 16)

¹⁹⁸ En este sentido, para García-Pelayo “[e]l Estado de Derecho significa [...] una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley [...]. Si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico [...] y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar. Después de todo, la idea del Estado de Derecho surge en el seno del iusnaturalismo [...], precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores [...], ciertos derechos imaginados como naturales [...]. Sólo más tarde, el pleno desarrollo del positivismo jurídico se despegó de esta vinculación subyacente y condujo a la plena y

que las nuevas situaciones presentan, como parte de la evolución de las sociedades y la exigencia del reconocimiento y tutela de dichos derechos. No por ello las decisiones emitidas desde estas instancias deben dejar de atender el respeto escrupuloso a los límites de su competencia y facultades como los efectos de sus decisiones sin mirar otras dimensiones de los problemas planteados. En todo caso, la irrupción en el orden jurídico del fenómeno de los derechos humanos ha logrado imponer un nuevo paradigma en el Derecho orientando la solución de los casos de un modo garantista hacia la persona humana como sujeto de derecho.

Si bien sería deseable la inclusión jurídico-formal del derecho al agua en algún instrumento que otorgue competencia a la Corte IDH para cautelar la vigencia del mismo, dado que permitiría una protección más exacta y útil, disminuiría cualquier grado de ambigüedad, duda o incertidumbre jurídica que pueda surgir sobre su aplicación, además de facilitar la generación de obligaciones jurídicas específicas; su tutela no se torna jurídicamente imposible. Somos de la opinión que a través del artículo 29 de la CADH la Corte puede amparar derechos siempre que respete el marco interpretativo que dicho tratado le otorga, situación que en esta investigación se viabiliza a través de la interpretación conjunta de los derechos expresamente reconocidos en los artículos 21, 4.1 y 3 para amparar el derecho al agua de las poblaciones indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe resaltar que por la reconocida interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos¹⁹⁹, los diversos campos que proporciona el

consciente identificación del Derecho con la ley, y del Estado de Derecho con el Estado legal [...]" (García-Pelayo 1996: 52 y 53)

¹⁹⁹ El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 señala: “[t]odos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar a los derechos humanos de manera global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo

derecho internacional para la salvaguarda de los derechos humanos y la existencia de algunos remedios jurídicos internos relacionados a la materia en cada país, se pueden encontrar varios caminos para exigir la protección del derecho al agua. Explorar estas posibilidades es imprescindible para la concreción y mejor definición de los derechos que les amparan como pueblos diferenciados.

El planteamiento formulado en esta investigación es una de estas alternativas, pese a que otros derechos expresamente reconocidos y con cierto margen de desarrollo y discusión, tales como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y equilibrado, a la cultura, a la libre determinación, o a la prohibición de la discriminación racial o étnica, también pueden ayudar a amparar el derecho bajo análisis²⁰⁰. En todo caso, ello no perjudica la presente formulación, sino al contrario coadyuva en una mejor definición del derecho al agua.

Por ello, dada la interdependencia de los derechos humanos, el goce del derecho colectivo al agua de las poblaciones indígenas puede protegerse a través del resguardo

peso” (CMDH 1993: párr. 5). La jurisprudencia de la Corte IDH también refleja este carácter interdependiente, entre sus pronunciamientos se pueden consultar: Corte IDH 2004b: párr. 174; 2005b: párr. 163; 2005d: considerando 18. Ver también: Parra, Villanueva y Martín 2008: 29-34.

²⁰⁰ Cfr. Getches: 2010, 259-279, según el autor “[...] indigenous peoples are looking to the established international law of human rights, cultural rights and emerging law regarding environmental protection. International agreements and norms gleaned from them and from the practices of individual nations offer possibilities for arguing that rights to land and natural resources, including water, must be protected as an element of physical and cultural survival, and the failure to do so is a violation of basic human rights,

[He] illustrate[s] various ways in which such claims could be framed and some of the international law instruments and norms that could be invoked by indigenous peoples when a government takes action that deprives them of quantities of water or pollutes water within their traditional territories. Claims could also arise from denial of access to water for traditional uses or commercial uses by tribes and indigenous communities” (Getches 2010 259 y 276)

de otros derechos en tanto que para el respeto y garantía de estos el disfrute del primero es necesario. Esto no significa que el intérprete acumule discrecionalmente una serie de derechos o de manera imaginativa declare la existencia de un derecho para que efectivamente lo haya sin ceñirse a los parámetros de la figura que aplica. En cuanto a la protección del derecho colectivo al agua de las poblaciones indígenas a través de la Corte IDH, se opta por salvaguardarlo de manera indirecta a través del derecho a la propiedad, a la vida y a la personalidad jurídica teniendo en cuenta la lectura de los avances conceptuales de dichos derechos y la posibilidad de utilizar otros instrumentos para concretizarlo bajo el marco del artículo 29 de la CADH.

Las protecciones consagradas en los artículos 21, 4.1 y 3 de la CADH en su conjunto dan cuenta implícita de la existencia del derecho colectivo al agua en relación a los pueblos indígenas. Un análisis de los primeros a la luz del ámbito del sistema universal e interamericano de los derechos humanos apoya nuestra posición según expondremos a continuación.

Previamente, es necesario recordar que en relación al derecho al agua, y específicamente observándolo respecto de las poblaciones indígenas, se ha sostenido la importancia especial que este adquiere no solo como una necesidad fisiológica básica común a todos los seres humanos para su supervivencia, sino además por su identificación cultural y actividades desplegadas en torno a él como sostén de las relaciones entre sus miembros, cuestión además relacionada a la autodeterminación que ellos tienen como pueblos. Si bien se ha empezado a formular el contenido jurídico mínimo que garantice el goce de este derecho²⁰¹, los Estados deberán observar con cuidado el disfrute del mismo cuando se trata de comunidades indígenas²⁰² para que las

²⁰¹ CDESC 2002: párrs. 10-16, TC 2007: fj. 17

²⁰² Al respecto ver el Informe sobre los casos examinados por el Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas entre 2009 y 2010. Especialmente los casos de Brasil, Kenia y Tanzania. Cfr. Anaya 2010b

políticas desplegadas no resulten insuficientes o defectuosas dadas las particularidades que estas poblaciones presentan. Precisamente, al desarrollar el alcance y contenido de los derechos a la propiedad, a la vida y a la personalidad jurídica la Corte IDH ha tenido que observar estas características a través del marco normativo internacional e interno sobre el Estado demandado, dentro de casos contenciosos particulares.

En primer lugar, el derecho a la propiedad se encuentra consagrado en el artículo 21²⁰³ de la CADH. La Corte IDH tuvo que interpretar y definir los alcances de este artículo para resolver los conflictos generados en relación a los casos que enfrentaban los pueblos indígenas contra los Estados sobre sus tierras y recursos naturales. Este desarrollo jurisprudencial ha permitido ir consolidando un marco jurídico internacional en relación a esta materia, no obstante el camino trazado requiere seguir siendo profundizado y analizado ante cuestiones aún complejas y claves para el goce efectivo de los derechos de los indígenas²⁰⁴.

Del análisis de los casos contenciosos resueltos por la Corte IDH en la materia, se observa que esta ha ido precisando y determinando varios puntos importantes. Desde el primer caso este tribunal ha reconocido que:

²⁰³ “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.” (OEA 1969: art. 21)

²⁰⁴ Cfr. CIDH 2009a: párrs 55-178

“[...] Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” (Corte IDH 2001a: párr. 149)²⁰⁵

Teniendo en cuenta ello, dicho tribunal ha manifestado que “[...] los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (Corte IDH 2006c: párr. 120)²⁰⁶. Al analizar el derecho a la propiedad vinculada a las poblaciones indígenas, la Corte IDH ha utilizado el artículo 29.b de la CADH para no limitar su goce y ejercicio. Es decir, ha tenido que observar aquellas disposiciones internacionales vinculadas al derecho de propiedad de las poblaciones indígenas y el derecho interno²⁰⁷ de los países demandados en los casos contenciosos.

²⁰⁵ Ver también Corte IDH 2006c: párr. 118; 2010a: párr. 86 y 2007: párr. 90.

²⁰⁶ También ha manifestado sobre los pueblos indígenas que: “[...] La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía [...]” Cfr. Corte IDH 2005b: párr. 216.

²⁰⁷ En el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte revisó el derecho interno nicaragüense para darle contenido al derecho a la propiedad de dicha población indígena. Cfr. Corte IDH 2001: párrs. 150, 151 y 153. En el mismo sentido en los casos de las comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek la Corte IDH tomó en cuenta las disposiciones internas de Paraguay, Cfr. Corte IDH 2005b: párrs. 138 y 139; 2006c: párrs. 122 y 123; y 2010a: párr. 88 y 89.

De este modo, la Corte IDH al resolver diferentes casos contenciosos ha considerado la importancia del vínculo y especial relación que existe entre los pueblos indígenas y sus territorios, en tanto que dicha relación va mucho más allá del aspecto económico o productivo pues estos lugares representan el espacio donde desarrollan su historia, sus prácticas culturales y creencias espirituales²⁰⁸. En palabras del que fuera Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías, Martínez Cobo:

“Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales y todas sus creencias, costumbres, tradiciones y culturas. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción [...] la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente” (Martínez 1986: párrs. 196 y 197)

En ese sentido el artículo 13 del Convenio N° 169, dentro de la sección que regula los aspectos de las tierras indígenas establece que:

²⁰⁸ También lo ha analizado en el procedimiento de medidas provisionales. Así en el asunto del pueblo indígena Sarayaku respecto a Ecuador la Corte manifestó: “[...] la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana. En particular, el Tribunal ha considerado la importancia de los recursos existentes en las tierras de las comunidades indígenas, que son base de su subsistencia, forma de vida y tradiciones.[...]”

[C]onstituye un punto de especial preocupación para este Tribunal el hecho de que los miembros del Pueblo Indígena de Sarayaku no puedan movilizarse por el río Bobonaza, que es su principal vía de acceso de comunicación y de suministro de provisiones [...] es de igual relevancia el hecho informado a la Corte de que la citada empresa [petrolífera] haya colocado material explosivo en relación con sus actividades de exploración petrolera en el territorio donde se asienta el Pueblo Indígena de Sarayaku, lo cual constituye un factor de grave riesgo para la vida e integridad de los miembros de dicho pueblo” (Corte IDH 2005e: párrs. 9 y 12)

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (OIT 1989: art. 13)

Por su parte el artículo 27²⁰⁹ de la DNUDPI establece que los Estados deben establecer y aplicar un proceso en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.

A luz de este marco es que la Corte IDH ha entendido que:

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas” (Corte IDH 2005b: párr. 154)²¹⁰

²⁰⁹ “Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.” (ONU 2007: art. 27)

²¹⁰ Para determinar el tipo de reparaciones este Tribunal también ha observado las características especiales de estas comunidades, así ha tenido en cuenta “[...] que las víctimas del [] caso pertenecientes

Esta noción de propiedad y dominio de los territorios indígenas no necesariamente tiene una correspondencia con el concepto clásico de propiedad privada, pero merece una protección en igualdad de condiciones que esta a través del artículo 21 de la CADH. De lo contrario, se haría inoperante dicho tratado al aplicarlo a este grupo diferenciado de personas. En palabras de la Corte IDH: “[...] Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (Corte IDH 2010a: párr. 87). Por ello, dicha Corte ha considerado de manera justificada que “[...] el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal [...]” (Corte IDH 2001a: párr. 148)²¹¹

al pueblo indígena maya, de la comunidad lingüística achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres.

Dado que las víctimas en este caso son parte del pueblo maya, este Tribunal considera que la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto.” (Corte IDH 2004c: párrs. 85 y 86)

²¹¹ En otra sentencia establece “[...] tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad” (Corte IDH 2005b: párr. 143)

Por su parte, al desarrollar el contenido de dicho derecho y en atención a las particularidades de cada caso contencioso, se ha ido entendiendo que el artículo 21 también salvaguarda los recursos naturales que las poblaciones indígenas tradicionalmente han utilizado como parte de su territorio²¹². Esta conclusión se deriva al comprobarse -mediante estudios empíricos- esta relación intrínseca, ya universalmente reconocida²¹³, con sus territorios, justificando así la aplicación de un concepto más amplio de propiedad al tener en cuenta que este está relacionado “[...] con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida” (Corte IDH 2005b: párr. 146). De lo contrario, en caso se dé una interpretación restrictiva o dogmática del derecho a la propiedad la subsistencia económica, social y cultural de dichas poblaciones se vería seriamente amenazada. En palabras de la Corte IDH:

“[...] el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que

²¹² Cfr. CIDH 2009a: párr. 179-272

²¹³ El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas mediante resolución A/61/295 dando un paso importante en el avance jurídico sobre esta materia y un paso medular hacia el fortalecimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Dicho instrumento internacional fue aprobado por 143 países de manera categórica. Solamente cuatro países votaron en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda), no obstante, luego de cuatro años dichos países han cambiado de posición y han reconocido el valor y contenido de dicha Declaración. Sobre el contenido y fuerza normativa de la Declaración ver Zalaquett 2008: 139-148 y Charters y Stavenhagen.2010.

se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad” (Corte IDH 2007: párr. 122)²¹⁴

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar entonces que:

“El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando [...] [se] habla de “tierra”, el concepto abarca la totalidad del territorio que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo” (OIT 2009: 91)

En ese sentido, si tomamos como premisa base que el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas contenido en el artículo 21 de la CADH protege tanto la propiedad de las tierras como el dominio de los recursos naturales allí encontrados, se puede desprender que el agua en tanto recurso natural se encuentra también protegido por dicha norma. A la luz de la Convención N° 169 de la OIT²¹⁵ y la DNUDPI se entiende que los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, conservar y administrar los recursos naturales relacionados a su supervivencia física, económica y cultural. Este primer acercamiento significa que en relación al derecho al agua en lo que a su acceso y uso se refiere, las poblaciones indígenas adquieren un tratamiento específico por tratarse de un componente fundamental en sus formas de vida.

²¹⁴ En ese sentido también ha establecido que “[...] la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” (Corte IDH 2005b: párr. 137) Ver también Corte IDH 2006c: párr. 118 y 2007: párr. 120.

²¹⁵ Cfr. OIT 2009: 106-115

Los artículos 25 y 26 de la DNUDPI lo establecen claramente cuando expresan que:

“Artículo 25.- Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras. Artículo 26.- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate” (ONU 2007: arts. 25 y 26)

El Convenio N° 169 lo establece de la siguiente forma: “Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” (OIT 1989: art. 15.1)

Teniendo en cuenta estas disposiciones, al observar el alcance del artículo 21 se debe tener en cuenta los recursos naturales contenidos en los territorios indígenas y el significado de estos dentro de las identidades y formas de relación económica y social de estas. En las comunidades andinas, por ejemplo, las aguas conforman una unidad territorial indivisible con las tierras que riegan²¹⁶.

²¹⁶ Cfr. Gentes 2001: 10

Como se expresó, el derecho al agua en relación a las poblaciones indígenas significa la protección colectiva de formas locales de uso que se han erigido a través de la historia y las culturas, esto en tanto resguarda sus propias lógicas comunicativas, las estructuras de sus prácticas sociales y económicas, y el diseño de su vida en comunidad.

Se ha dicho que el agua es un recurso pleno de aspectos colectivos cuando se lo observa en relación a las poblaciones indígenas²¹⁷, por tanto requiere de un acercamiento específico para la salvaguarda del mismo en conexión con otros derechos vitales para la supervivencia de dichos grupos. Entonces, ya sea que la regulación interna de los países establezcan un sistema de propiedad privada sobre el agua o se mantenga el dominio eminencial del Estado sobre él, como se analizó en el análisis comparado del primer capítulo, no se debe dejar de lado el sentido que adquiere este por su vinculación a las comunidades indígenas como parte de la reproducción de su vida comunitaria en el marco de su derecho consuetudinario, en tanto existe una estrecha relación de la gestión hídrica con las funciones sociales indígenas. Una vez más, se observa los componentes económico, social y cultural inherentes en el uso del agua²¹⁸.

De este modo para la CIDH el derecho a la propiedad del artículo 21 de la CADH:

²¹⁷ Incluso, por las mismas características del recurso, los enfoques que se utilicen para analizar su sostenibilidad deben tener un acercamiento integral al mismo considerando los diferentes usos e impactos que al mismo tiempo de él pueden darse.

²¹⁸ La CIDH ha manifestado que: "En varios países de la región, existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. El sistema interamericano de derechos humanos no excluye este tipo de medidas; es en principio legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua. Esto no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales no tengan derechos que tienen que ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción [...]." Cfr. CIDH 2009a: párr. 180.

“[...] [D]ebe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de sus derecho de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente” (CIDH 2004: párr. 115)

De este reconocimiento internacional se han ido desprendiendo diversas garantías relacionadas al derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas, entre ellas, el deber del estado en delimitar y otorgar títulos formales para proteger sus intereses²¹⁹, la restitución de tierras ancestrales²²⁰, la prohibición de promover desplazamientos forzados²²¹, etc. Del mismo modo, se ha ido desarrollando criterios para analizar los conflictos cuando se limite el contenido del artículo 21 de la CADH en relación a las poblaciones indígenas.

Para determinar la posibilidad de limitación del derecho colectivo, en este caso al agua, de las poblaciones indígenas, resultarían aplicables las salvaguardas esgrimidas por la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*. Así, los Estados deben consultar activamente con las poblaciones según sus costumbres y tradiciones, estas deberán beneficiarse razonablemente cuando se trate de la implementación de proyectos de inversión, y se requiere la elaboración técnica e independiente de estudios previos de

²¹⁹ Cfr. Corte IDH 2007: párr. 194.a

²²⁰ Cfr. Corte IDH 2010a: párrs. 283 y 285.

²²¹ Cfr. Corte IDH 2005f: párr. 120.

impacto social y ambiental en relación a las medidas que implican la limitación del derecho²²².

En ese sentido, la CIDH, por ejemplo, en mayo de 2010 otorgó medidas cautelares a favor de 18 comunidades del pueblo indígena maya en el Estado de Guatemala. A través de ellas solicitó al Estado guatemalteco que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin e implemente medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental. La CIDH solicitó, entre otras cosas, adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias y asegurar el acceso a agua apta para el consumo humano de los miembros de dichas comunidades²²³. Por su parte el Comité de expertos de la OIT, preocupado por esta situación, llamó la atención sobre el caso en su informe anual sobre las convenciones y recomendaciones instando al Estado guatemalteco a que suspenda las actividades de

²²² Cfr. Corte IDH 2007: párrs. 124-140. En ese mismo sentido la CIDH establece que: "[...] la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos; tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación" Cfr. CIDH 2009a: párr. 180. Por su parte el CDH ha expresado, por ejemplo, que "la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional" (CDH 2000: párr. 9.5).

²²³ Cfr. CIDH 2010 Posteriormente, el 7 de diciembre de 2011 la CIDH evaluó dichas medidas cautelares, y modificó el objeto de la medida, levantando la solicitud de suspender la exploración minera, y le solicitó al Estado que adopte las medidas necesarias para asegurar que los beneficiarios tengan acceso a agua potable para consumo humano, uso doméstico y segura para el riego y, en especial, adoptar las medidas necesarias para que las fuentes de agua de las 18 comunidades beneficiarias no sean contaminadas por acciones de actividades mineras. Cfr. CIDH 2010

explotación en la mina Marlin hasta que se realice el proceso de consulta con las poblaciones afectadas²²⁴

De esta manera se utiliza el derecho a la propiedad para resguardar los recursos naturales contenidos en las tierras indígenas por tratarse de elementos esenciales para el goce del bien jurídico tutelado. Sin embargo, la aplicación *strictu sensu* del derecho a la propiedad en su concepción *jus civilista*, donde se conjuga varias garantías tales como el uso o la enajenación del bien en su titular, corre el riesgo de no proteger efectivamente el disfrute del derecho al agua de las comunidades indígenas, ya que este último se subsumiría como cualquier bien pasible de apropiación dejando de lado los particulares componentes que posee y convierten en un derecho con contenido jurídico propio, por ello se realiza el análisis conjunto con los derechos contenidos en los artículos 4.1 y 3 de la CADH.

En otras palabras, si bien de lo anterior se desprende una primera posibilidad para amparar el derecho al agua relacionado a las poblaciones indígenas en su dimensión colectiva, dado el alcance del derecho a la propiedad desarrollado previamente y su interdependencia con el derecho analizado, es necesario vincular dicha interpretación a los derechos a la vida y a la personalidad jurídica para lograr resguardarlo de manera adecuada e integral.

Respecto al derecho a la vida, este se encuentra recogido en el artículo 4²²⁵ de la CADH y sobre el mismo, de manera sostenida, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido

²²⁴ Galvis 2010: 12

²²⁵ “Artículo 4. Derecho a la Vida.-

que comprende, además de no ser privado arbitrariamente de él, el acceso a condiciones que permitan una existencia digna, por lo que los enfoques que limiten el goce de dicho derecho no son admisibles²²⁶.

Ello ha significado que este derecho comprometa la satisfacción mínima de ciertas condiciones sociales y culturales para el respeto de la dignidad de las personas dentro de la jurisdicción de los Estados Partes, de lo contrario se privaría a estas de los elementos necesarios para desarrollarse en la sociedad y a lo menos subsistir dignamente. Dicha orientación ha permitido puntualizar las acciones que razonablemente deberían emprender los Estados para prevenir los riesgos que amenacen el derecho a la vida según los términos mencionados. Así por ejemplo, en el caso del Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay la Corte IDH expresó que en relación a niños privados de libertad un Estado tiene entre otras obligaciones proveerlos de educación, deber que se desprende tanto del artículo 13 del Pacto de San Salvador (PSS) como del artículo 4 de la CADH²²⁷. El análisis desplegado fue similar en los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek contra el mismo país, donde la Corte IDH evaluó si las condiciones que agudizaron el acceso a una vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. [...]" (OEA 1969: art. 4.1)

²²⁶ En palabras de la Corte IDH: "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él". (Corte IDH 1999a: párr. 144)

²²⁷ Cfr. Corte IDH 2004b: párrs. 161 y 174

digna de los miembros de las comunidades era atribuible al Estado paraguayo a la luz de diversas disposiciones²²⁸.

Bajo esta perspectiva, el análisis de las acciones u omisiones que son atribuibles a los Estados Partes para garantizar las condiciones que permitan una existencia digna de las personas bajo su jurisdicción, dependiendo de las circunstancias en las que estas se encuentran, sirve para valorar la violación del contenido del derecho a la vida en una faceta garantista de la persona humana. En la presente investigación, al vulnerar arbitrariamente el derecho colectivo al agua de las comunidades indígenas, se afecta indefectiblemente el derecho a la vida de cada miembro de la comunidad y su desarrollo como colectivo según sus propias costumbres en tanto que se les impediría el acceso a condiciones para que se desarrollen dignamente como pueblos diferenciados²²⁹.

²²⁸ Citando el primer caso, la Corte IDH debió establecer si: “[...] el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT” (Corte IDH 2005b: párr. 163)

²²⁹ Para la Corte IDH: “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.” (Corte IDH 2005b: párr. 162)

Dicho de otro modo, al aceptar que la identidad de los indígenas se compone de su convivencia comunitaria y relación íntima con el hábitat en el que se desarrollan, el agua adquiere un sentido importante dentro de los esquemas y conceptos que se van construyendo dinámicamente a través del tiempo. El acceso y control del líquido elemento representa requisito fundamental para su sustento fisiológico, económico, social y cultural. Si se llegase a privar, en ausencia de consulta previa e informada, estos componentes del derecho al agua, se afectaría seriamente la subsistencia e identidad cultural²³⁰ de los indígenas, que además es ejercida en conjunción con los demás miembros de la población²³¹. En última instancia, se afecta el derecho a la vida por limitar su derecho a vivir según sus propias instituciones consuetudinarias y según sus particularidades formas de ver y actuar en el mundo, lo que en definitiva afecta el proyecto de vida de cada uno de los miembros de la población indígena en cuestión y desconoce el desequilibrio y disrupción que en ellos representa dicha vulneración.

El hecho de tener que interpretar una nueva realidad impuesta, distinta a sus arreglos institucionales consuetudinarios, y tener que aceptar el control arbitrario sobre el

²³⁰ Según Parra, et al: “[e]l derecho a la identidad cultural tiene una influencia particular en el modo en que deben ser entendidos los demás derechos. El contenido de estos debe ser interpretado tomando en consideración las particularidades culturales del sujeto” (Parra, Villanueva y Martin 2008: 324). Al respecto es importante recordar que la identidad cultural y los esquemas de relación dentro de un grupo no son estáticos, como lo referimos en el segundo capítulo el derecho consuetudinario y las implicancias de este en los miembros de una comunidad tiene una conformación heterogénea y dinámica. Esta fluye y se reconstruye con nuevas valoraciones por las continuas interrelaciones y discusiones dentro de ellas, como por el contacto e influencia con otras culturas.

²³¹ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas comentando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere que “[...] Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría” (CDH 1994b: párr. 6.2)

recurso hídrico utilizado ancestralmente atenta contra la garantía del derecho a la vida, ya que no solo se amenaza su subsistencia fisiológica por limitar el acceso a agua limpia y la relación de este con la producción alimentaria (pesca, agricultura), sino que además llega a limitar el destino que libremente elijan por la disrupción en sus relaciones y la coacción de convertirlas en “poblaciones modernas” según las reglas y definiciones dominantes.

Con la vulneración al derecho al agua las poblaciones indígenas corren el riesgo de vivir la desidentificación y el desconocimiento de su propio fundamento, de todo lo propio. Bajo ese entendido, no hay posibilidad de que se haya respetado el desarrollo natural de su vida, en tanto que se ven obligados a construir otras identidades para poder sobrevivir bajo el esquema impuesto.

Las particularidades del derecho al agua en las poblaciones indígenas nos permiten sostener que los conflictos y disrupción de sus propios esquemas e identidades culturales generados por su vulneración obstruyen gozar plenamente de una existencia digna. Con esta desarticulación se impone una marca perdurable en ellas, sino es una amenaza a la propia existencia de la comunidad y la vida de sus integrantes. La imposibilidad de crecer con sus propias prácticas culturales y la necesidad de construir sus vidas sobre premisas probablemente incongruentes con sus propias concepciones desarticula las características que los identifican, viéndose obligados a vivir de un forma distinta a sus pautas culturales y hasta generando situaciones de pobreza y desabastecimiento que a su vez provocan dependencia asistencial²³².

²³² La Corte IDH por ejemplo ha considerado “[...] que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura sino se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos” (Corte IDH 2010a: párr. 263)

Entonces, en este marco el derecho al agua adquiere especial relevancia para las poblaciones indígenas por estar relacionado directamente con el pleno goce del derecho a la vida abarcando las condiciones de una vida digna. La ruptura de su relación simbiótica con el agua y tierras ejercen un efecto perjudicial en la vida misma de dichas personas. En esa línea de ideas, la Corte IDH ha establecido que:

“La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (Corte IDH 2005b: párr. 135)

El desarrollo cultural en tanto forma de vida es un componente fundamental en la identidad de las personas. En el caso de las poblaciones indígenas este representa de manera cardinal el sustento de su desarrollo como pueblos diferenciados al mantener la dinámica étnica entre sus miembros. Tan es así, que el concepto de cultura, entendido como la suma de actividades espirituales y producto de un grupo social determinado que distingue al mismo de otros²³³, representa un derecho fundamental, del cual se desprenden diversas obligaciones de respeto y garantía. Entre los instrumentos internacionales a través de los cuales podemos dar un acercamiento a la definición del bien protegido “cultura” se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la CADH y el PSS. También son valiosos los dispositivos contenidos en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural o la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.

²³³ Cfr. Stavenhagen 1995: 66.

Así, por ejemplo, en cuanto al goce de la cultura como modo de vida resulta importante lo establecido en el artículo 27 del PIDCP según el cual: “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma” (ONU 1966: art. 27)

Al interpretar dicho artículo y analizar las obligaciones de los Estados partes, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que:

“[...] no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural [...] [la cual] puede guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen minoría”²³⁴ (CDH 1994b. párrs. 1 y 3.2)

²³⁴ Dicho razonamiento ha sido desarrollado por el CDH en diversas oportunidades en la aplicación a casos concretos; así por ejemplo, en el caso relativo a la agrupación del Lago Lubicon en Canadá el Comité reconoce que “los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen” en el caso se concluye que “[l]as injusticias históricas a que se refiere el Estado Parte y determinados acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituyen una violación al artículo 27 mientras persiste la situación.” (CDH 1990: párrs. 32.2 y 33). Dentro de los hechos del caso se denuncia la expropiación de sus territorios en beneficio de empresas, desconociendo el derecho de los indígenas de disponer de sus recursos naturales y privándolos de sus medios de subsistencia. Cfr. CDH 1990:, párr. 2.1. En otro caso, vinculado a los indígenas maoríes en Nueva Zelanda el CDH encontró que una ley sobre reclamaciones de un tratado firmado con dicha población limitaba la forma tradicional de pesca de los denunciantes, así reconoció que “[e]s indiscutible que los autores son miembros de una minoría en el sentido del artículo 27 del Pacto; también es indiscutible que el uso y el control de las pesquerías es un elemento esencial de su

En este sentido, las afectaciones al derecho al agua en su dimensión colectiva según cada caso en particular impactaría con mayor o menor grado el derecho a una vida digna de los indígenas al configurarse una ausencia de condiciones mínimas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la identidad cultural, eje central en el desarrollo de estos grupos de personas.

El ejercicio de la vida cultural se define en las actuaciones de las diferentes formas de vida enraizadas con aspectos históricos, religiosos, espirituales, sociales, etcétera que se tiene en común con los demás miembros del grupo determinado²³⁵. En atención a ello, el alcance jurídico del derecho a la vida de los indígenas que se daría en estos términos corresponde a garantizar no solo su subsistencia sino, además, a que no se quiebre arbitrariamente su cultura como forma de vida particular. Esto adquiere mayor solidez al observar los considerandos de DNU DPI cuando:

“Reconoc[e] la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a

cultura. A este respecto, el Comité recuerda que las actividades económicas pueden entrar en el ámbito del artículo 27, cuando son un elemento indispensable de la cultura de una comunidad.” (CDH 2000: párr. 9.3). No obstante, el Comité no encontró una violación al artículo dado que las autoridades neozelandesas habían adoptado medidas necesarias para la participación y entendimiento, a través de consultas y atendiendo a la sostenibilidad de las actividades de los maoríes previo a la promulgación de ley. Cfr. CDH 2000: párrs. 9.5 y 9.6

²³⁵ Según la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, la cultura es un “[...] conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias” (UNESCO 2001). Ver también Clavero 2006: 29-40

sus tierras, territorios y recursos” y resalta el “[c]onvenci[miento] de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afectan a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades” (ONU 2007).

Del mismo instrumento se desprende la prohibición de someterlos a una asimilación forzada o a la destrucción de su cultura, generando la obligación de crear mecanismos para prevenir todo acto que genere la desposesión de sus tierras y recursos o que los prive de su integridad como pueblos distintos²³⁶. El derecho al agua en su dimensión colectiva formaría parte sustantiva de aquellos derechos que sostienen y dan sentido a las poblaciones indígenas como tales, por tanto al vulnerarlo se afecta la vida en comunidad de sus miembros.

En ese sentido, el derecho a la vida asume una dimensión crucial al tomarse en consideración los aspectos culturales y esquemas socioeconómicos de las comunidades indígenas; ligados estos estrechamente con el agua como elemento transversal a la vida de los miembros de estas comunidades, esto último no puede ser dissociado de la propia personalidad jurídica de estas para ejercer sus derechos en el ámbito internacional y local. Dicha situación nos lleva a plantear, la vinculación del derecho a la personalidad jurídica con el goce efectivo del derecho al agua.

La CADH recoge el derecho a la personalidad jurídica en su artículo 3²³⁷. El reconocimiento jurídico de la individualidad de cada ser humano, y su pertenencia a una familia, un territorio y una cultura, son elementos ineludibles de la existencia de una

²³⁶ Cfr. ONU:2007, art. 8

²³⁷ “Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (OEA 1696: art.3)

persona en la sociedad. Por ello, la Corte IDH ha determinado que: “[e]l derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce)^[238] y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes” (Corte IDH 2000: párr.179). El Estado, como garante del reconocimiento a la personalidad jurídica de las personas bajo su jurisdicción, está obligado a proveer las condiciones necesarias para que se pueda efectivizar el ejercicio de ese derecho. En este sentido, la misma Corte IDH ha afirmado que:

“Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.” (Corte IDH 2006c: párr. 189)

Esto se relaciona directamente con uno de los aspectos más significativos reconocidos por la DNUDPI y el Convenio N° 169 de la OIT, referido al derecho a la libre determinación, según el cual los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (ONU 2007: art. 3)²³⁹. El mismo “responde a las aspiraciones de los pueblos indígenas de todo el

²³⁸ El hecho de que en ciertas circunstancias no se tenga capacidad de goce entendida como la posibilidad de ejercitar los derechos, no significa que se carezca de personalidad jurídica o que la persona no sea sujeto de derechos como es el caso de los niños, quienes siempre son titulares de derechos, aunque algunos derechos no puedan ser ejercidos plenamente por sus características específicas (derechos políticos por ejemplo).

²³⁹ El Convenio N° 169 de la OIT establece: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además,

mundo a determinar su propio destino en condiciones de igualdad y de participar efectivamente en el proceso de adopción de decisiones que los afecten” (Anaya 2009b: párr. 41)

Del mismo modo, el artículo 1 común al PIDESC y al PIDCP, así como el Programa de Acción de Viena, han reconocido de manera específica el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, realizando las observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación Rusa, el CDESC expresó su preocupación por la situación en las que se encontraban las comunidades indígenas ya que afectaba su derecho a la autodeterminación según el artículo 1 del Pacto²⁴⁰. Por su parte la Declaración y Programa de Acción de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 expresó que:

“[...] Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. [...] los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus

dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.” (OIT 1989: art. 7.1)

²⁴⁰ Al respecto, observó que no se había puesto en práctica la ley sobre los territorios y el uso tradicional de los recursos naturales de los pueblos indígenas en relación a la población pequeña del norte, Siberia y el extremo oriente de la Federación rusa, en dicha ley se establecía la demarcación de los territorios indígenas y la protección de los derechos de los indígenas a la tierra. Cfr. CDESC 2003a: párr. 11. Sobre el derecho a la autodeterminación el artículo 1 común a los dos Pactos internacionales dice textualmente que: “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales [...]” (ONU 1966: art.1)

diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social”
(CMDH 1993: párr. 20)

Así, la libre determinación constituye un requisito fundamental para que los pueblos indígenas sean titulares y puedan ejercer plenamente sus derechos humanos, especialmente aquellos relacionados a los que pueden ejercerse colectivamente, como sucede con el derecho al agua en los términos que hemos planteado. Bajo este marco, el derecho a la personalidad jurídica citado, en tanto condición *sine qua non* para poder ser titular de derechos y obligaciones en el marco jurídico-político, constituiría un elemento fundamental a la hora de evaluar las vulneraciones al derecho al agua de las poblaciones indígenas, en atención a la libertad que ellas poseen para decidir sobre el uso y control del bien.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las poblaciones indígenas se encuentra estrechamente relacionado con la posibilidad de tener la titularidad de derechos y con ello la posibilidad de decidir sobre sus propios asuntos, dado que con este podrán articular sus intereses y gozar de sus derechos y libertades fundamentales en tanto pueblos diferenciados, la personalidad jurídica de las poblaciones indígenas representa un parámetro para determinar la titularidad de sus derechos y especialmente su posibilidad de ejercicio.

En atención a ello, las características del derecho al agua para ellas descritas encontrarían amparo a través del derecho a la personalidad jurídica reconocido en la CADH en el sentido de salvaguardar, frente al derecho interno e internacional, la posibilidad de articular legítimamente sus intereses y necesidades en relación al agua y no ver vulnerado dicho derecho frente a la política oficial o actos de terceros. Con ello, en general se permitiría a los pueblos indígenas gozar de la titularidad de sus derechos y libertades, ya sea individual o colectivamente, dentro de sus territorios donde, por su cultura, tienen especial arraigo. Ello evitaría convertirlos en sujetos jurídicamente

inoperantes, y disminuiría la exclusión histórica de la que han sido parte para convertirse en los propios autores de sus destinos.

En ese sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) ha exigido a los Estados que “[g]aranticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado” (CEDR 1997: párr. 4.d). Al reconocerles personalidad jurídica a los pueblos indígenas como colectivo se garantiza el amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino, necesario para salvaguardar su cultura y formas de relación social y económica, lo que repercute indefectiblemente en su existencia y que en relación al agua como a la tierra representa singular importancia.

De lo anterior se desprende que no tomar en cuenta el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad como tal, limitaría las posibilidades de que los miembros de los pueblos indígenas gocen y ejerzan, en este caso, el derecho al agua de conformidad a sus instituciones consuetudinarias y tradiciones ancestrales. Además, es importante subrayar que si bien conculcar el contenido del derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas no necesariamente vulnera su personalidad jurídica en sentido estricto, dado que podría darse el escenario en que exista un reconocimiento formal de la titularidad de dichas poblaciones y la posibilidad material para exigir el respeto y goce de aquel derecho; en la presente investigación, al buscar cautelar su autodeterminación en relación al agua; es decir, sus facultades operativas y participativas como componentes esenciales del contenido del derecho colectivo al agua descrito en la última sección del capítulo 2, entenderíamos que sí existiría una limitación de su titularidad en el sentido de que la violación a su personalidad jurídica se daría no por la imposibilidad de exigir el derecho ante las autoridades correspondientes, sino en el sentido de socavar las facultades operativas y participativas antes mencionadas en tanto titulares de las mismas.

Volviendo al reconocimiento de la personalidad jurídica cuando se trata de comunidades indígenas, la Corte IDH ha establecido respecto de esta que “[...] es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho” (Corte IDH 2007: párr. 171)

En definitiva se trata de establecer quién y sobre qué se puede realizar una exigencia en el plano jurídico, la capacidad jurídica de gozar colectivamente del derecho al agua y reclamar las violaciones que se dieran contra él se relaciona entonces directamente con el derecho a la personalidad jurídica consagrado en la CADH, el cual debe ser reconocido a las poblaciones indígenas de forma colectiva²⁴¹. Como se dijo anteriormente, de acuerdo al marco de interpretación del artículo 29 de la CADH, el contenido y alcance de los derechos consagrados en ella debe tener en cuenta el desarrollo normativo interno de los Estados Partes y los aportes que su jurisprudencia local haga de este. En el caso de los derechos colectivos lo razonable es que la legitimación de accionar su protección la tenga la comunidad, materializada en cualquiera de sus integrantes quienes son los que la ejercen colectivamente o, en su caso, sus autoridades de acuerdo a sus propias instituciones. Sin perjuicio de ello, con el reconocimiento de su personalidad jurídica cualquier controversia sobre la titularidad se desvanece ya que son ellos mismos quienes establecen las formas de representación.

²⁴¹ Así lo externó el Juez chileno Eduardo Vio Grossi en su voto concurrente al manifestar: “ [...] aplicando lo previsto en el artículo 29.b y 29.d de la Convención, se podría concluir que, acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería procedente, por una parte, incluir en el término “*persona*” contenida en diversos artículos de aquella y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto tales y por la otra parte, consecuentemente considerar entre esos derechos a los concernientes a dichos pueblos, con lo que no solo se haría justicia, sino que, además, la jurisprudencia se ubicaría así, más nítidamente y sin margen para equívocos, en la moderna tendencia que se estaría perfilando con cada vez mayor nitidez en el Derecho Internacional que regula esta materia.” (Vio Grossi 2010: párr. 26)

A nivel interno existen algunos avances importantes relacionados a los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en Canadá a partir del caso Calder en 1973 se reconoce el título aborígen como un derecho aplicable en relación a las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas canadienses²⁴². Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana ha declarado en la sentencia SU-039/97 sobre el caso de la comunidad U'wa que “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia [...]” (CC 1997: párr. 3.1). En el mismo sentido podemos resaltar lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el expediente No 04611-2007-AA/TC en relación a la comunidad Nativa Sawawo Hito 40 donde reconoce a la comunidad como titular de derechos fundamentales en general y que cualquier miembro de la comunidad tiene legitimación activa para cautelar estos derechos fundamentales con implicancias colectivas²⁴³.

²⁴² Cfr. Gentes 2001: 20

²⁴³ Según el Tribunal mencionado: “la Norma Fundamental, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a dichas comunidades personería jurídica *erga omnes* en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de *universitates personarum*. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo. [...]”

Tomando en cuenta la informalidad o aformalismo de los procesos constitucionales y el principio *pro actione*, aun cuando la inscripción no fuese validada, o no se haya realizado, una comunidad nativa o campesina tendría la legitimidad para plantear la demanda, toda vez que la exigencia constitucional de considerarse como persona jurídica no requiere necesariamente la existencia de un registro [...].

En casos como el planteado, incluso también podría argüirse la posibilidad de reconocimiento de titularidad colectiva, figura similar a la de la *class action*. [...] Entonces, si bien no ha sido planteado de esta forma, también hubiera sido válido que cualquiera de los integrantes de la accionante hubiere interpuesto la presente demanda.” (TC 2010c: fj. 25, 27 y 30)

Al respecto, es interesante hacer la acotación de lo expresado por los Magistrados Eto Cruz y Landa Arroyo en su voto singular concurrente sobre dicha causa cuando establecen:

“[...] En el caso de una Constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de Estado, donde sólo el reconocimiento de un “estatus jurídico” particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad. En suma, sólo la comprensión de nuestra Constitución como un texto normativo marcado por esta realidad fáctica y conceptual, donde se ha otorgado autonomía organizativa, económica y administrativa a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde se ha reconocido el derecho a su propia lengua, a su cultura, a la libre disposición de sus tierras y a su propia jurisdicción; puede permitir el respeto de su existencia digna, libre e igual, tanto como grupo humano y colectivo, como por las individualidades que lo conforman, tal como lo manda el artículo 1 de nuestra Carta Fundamental. [...]” (Landa y Eto 2010: f.j. 8 y 9).

Visto de este modo, el vincular de tal forma ambos derechos no se trataría de un capricho doctrinario, sino de una necesidad que tiene sustento en un contexto donde los derechos reconocidos de los indígenas en el ámbito del DIDH y constitucional vienen siendo desconocidos y violados. Así, el ejercicio colectivo de derechos, como se da en el caso de las poblaciones indígenas, adquiere operatividad y resguardo al garantizar su personalidad jurídica²⁴⁴, no solamente como mecanismo para exigir el respeto y garantía

²⁴⁴ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones sobre los informes presentados por los Estados partes relativos a la puesta en marcha del PIDCP, ha señalado en el caso de México que: “Pese al reconocimiento que la Constitución hace en su artículo 4 de la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas y la voluntad del Estado Parte de dirimir la cuestión de la autodeterminación de las comunidades indígenas, el artículo 27 de la Constitución parece proteger únicamente ciertas categorías de derechos respecto de las tierras indígenas y continúa dejando expuestas a las poblaciones indígenas a amplias violaciones de derechos humanos.

El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida

de los mismos, sino también como forma de verse libres de toda injerencia arbitraria externa por los atributos de su titularidad.

Por ello, amparar el derecho al agua de los pueblos indígenas a través del contenido que damos al derecho a la personalidad jurídica es coherente con el deber de los Estados en no limitar su titularidad en tanto garantía para su supervivencia no solo en sentido físico o biológico sino a la de vivir según sus características culturales, sociales y económicas que los definen como pueblo²⁴⁵.

De lo expuesto cabe recordar que:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, [se] debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”²⁴⁶ (Corte IDH 2003b: párr. 120)

permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se debe tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación.” (CDH 1999: párr. 19).

²⁴⁵ Cfr. Corte IDH 2008: párr. 37.

²⁴⁶ Aunado a lo anterior la Corte ha destacado que: “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el ‘mejor ángulo’ para la protección de la persona” (Corte IDH 2009a: párr.33)

Precisamente, varios de estos instrumentos han sido tomados en cuenta para sustentar la protección jurídica del derecho al agua de las poblaciones indígenas en su dimensión colectiva. Ha sido establecido que el marco alcanzado por el artículo 29 de la CADH, especialmente sus incisos b, c y d, resulta prioritario para ponderar y analizar los derechos en ella contenidos. El desarrollo jurídico realizado en este trabajo a través de tratados internacionales que facilitan la labor interpretativa en garantía de la persona humana, documentos emitidos por órganos autorizados en realizar comentarios sobre la materia y documentos que tengan la misma naturaleza que la DADDH es coherente con lo dispuesto en los incisos b) y d) del artículo mencionado. Del mismo modo, considerar aquellas disposiciones que permitan garantizar el respeto de las comunidades indígenas a partir de sus propias costumbres, tratando de otorgarles mayor protagonismo y acceso a las instituciones que un Estado democrático ostenta en poseer se relaciona al inciso c) precitado.

Por ejemplo, bajo un marco comparativo, se puede mencionar un estudio realizado por miembros del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas sobre casos de estudio en Noruega y Australia, al respecto se resalta el reconocimiento hecho por el Tribunal Supremo de Australia de los derechos indígenas en las tierras y aguas australianas como anteriores a la soberanía de la corona británica, al reconocerles un título nativo. Según los autores del informe:

“Los indígenas australianos han mantenido durante largo tiempo una estrecha asociación con el mar y sus recursos para la subsistencia, el sustento económico, la espiritualidad y la identidad cultural. Esa asociación está suficientemente corroborada por datos arqueológicos y antropológicos. Los pueblos indígenas no hacen distinción entre tierra y mar y consideran que ambos forman parte del territorio. Esta perspectiva discrepa marcadamente de la visión general, recogida en el ordenamiento jurídico australiano, según la cual existen límites donde la conceptualización indígena ofrece una comprensión geográficamente integrada de la tierra, los ríos, los estuarios, las playas, los arrecifes, los mares, los cabos, el fondo marino y su flora y fauna correspondientes. Los lugares significativos y las rutas de los seres ancestrales se extienden

a las aguas, la flora y la fauna fuera de la costa y forman parte del sistema de justicia y tradiciones que conecta a los indígenas australianos con el territorio marítimo” (Smith y Dodson 2010: párr.28)²⁴⁷.

Entonces, teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre la materia a la luz del marco interpretativo multicitado, válida y legítimamente podemos construir la protección del derecho al agua a través de los artículos 21, 4.1 y 3 conjuntos de la CADH para ser resguardado a través de la Corte IDH y así lograr avanzar en el respeto de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en pie de igualdad que el resto de la sociedad.

3.1.3 Experiencias sobre la materialización del derecho colectivo al agua

En la presente sección mencionaremos algunos casos relacionados directamente con el derecho al agua para ilustrar su identificación peculiar con los pueblos indígenas y el tratamiento otorgado por los órganos ante quienes se apeló la salvaguarda del derecho.

²⁴⁷ Para el caso de Noruega el informe establece que si bien el rasgo más famoso de los indígenas saami noruegos es la cría de renos, la pesca en la costa septentrional del país ha sido siempre la principal fuente de sustento de numerosos saami que tienen residencia fija en la costa. El 2008 un comité constituido para observar estas reivindicaciones concluyó que los saami que vivían en los fiordos y a lo largo de la costa de Finmark tenían derechos de pesca basados en sus usos históricos y el marco internacional sobre pueblos indígenas y minorías. Cfr. Smith y Dodson 2010: párrs. 48-50. En esa misma línea observar, por ejemplo, el caso del estado de Victoria en Australia, el cual según el informe presentado al CEDR por dicho país, enmendó su Constitución en 2004, con el propósito de reconocer “al pueblo indígena victoriano como el custodio originario de la tierra y su condición singular de descendiente de los primeros pobladores de Australia; su relación espiritual, social, cultural y económica con sus tierras y aguas ancestrales dentro de Victoria, y su aportación única e insustituible a la identidad y el bienestar de este estado.” (Australia 2010: párr. 114)

Esta descripción de ninguna manera agota el análisis desarrollado, al contrario es utilizado para una mejor comprensión del problema.

Así por ejemplo, el año 2005 la Sala Penal de la Corte Superior de Tacna en Perú, máxima instancia judicial en dicho departamento, desestimó una denuncia presentada por integrantes de la comunidad campesina de Ancomarca sobre la instalación de pozos de sustracción de aguas subterráneas de su territorio en la zona Cordillera del Ayro por la Empresa Prestadora de Servicios de Agua Potable de Tacna. Según la información presentada por la comunidad, desde su construcción se han desecado más de 200 km² de humedales, por lo cual los comuneros ya no pueden usar las aguas como ancestralmente lo hacían para su sustento. Los cambios provocados en la flora (principalmente pastos y arbustillos) y fauna (principalmente pequeños herbívoros y avifauna alto-andina) de los bofedales indican que también podría variar el régimen de lluvias y/o disminuir considerablemente²⁴⁸.

Al respecto, en su reporte anual de 2009, el CEDR recomendó al Estado peruano que garantice el uso y disfrute de las aguas de los habitantes de la comunidad de Ancomarca y repare los daños y perjuicios causados a dicha comunidad²⁴⁹. Ello debido a que la

²⁴⁸ Cfr. CAPAJ 2010

²⁴⁹ En el mismo informe el Comité “expresa su preocupación sobre el impacto que pueda tener el manejo de cuencas hidrográficas en los bofedales peruanos y en forma de vida de los pueblos indígenas.

El Comité recomienda que la política de manejo de aguas en el Estado parte tenga en cuenta las necesidades y solicitudes de las comunidades que puedan resultar afectadas por la misma.” (CEDR 2009: párr. 41.20). En ese mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos el mismo año resolvió declarar la violación del artículo 27 del PIDCP por la autorización del Estado peruano para desviar aguas subterráneas y la construcción de pozos de agua en la provincia de Tacna; ello ocasionó un impacto negativo en el disfrute por parte de la demandante a su derecho a disfrutar de la vida cultural de la comunidad a la que pertenece. Así el CDH declaró:

construcción de los pozos de sustracción de aguas subterráneas en el territorio de la comunidad está causando sequía y afectando seriamente el sustento y condiciones de vida de sus habitantes. Previamente, el 13 de marzo de 2009 la presidenta de dicho comité envió una misiva al embajador permanente del Perú en Naciones Unidas bajo el procedimiento de alerta temprana y acción urgente solicitando proceda a la suspensión de la extracción de las aguas subterráneas de dicha comunidad por las afectaciones denunciadas²⁵⁰.

Un segundo caso peruano ilustra el conflicto surgido entre comunidades campesinas de Huancavelica y medianos y grandes agricultores del departamento de Ica, cuyos productos se destinan principalmente a la agroexportación. Si bien la competencia por el uso de las aguas data de 1950 cuando se inició la construcción del Proyecto Energético Choclococha para resolver la aguda escasez de agua en el valle iqueño, el 2006 resurgen nuevos conflictos dada la intención del gobierno central en ampliar el área de recolección de aguas del proyecto mencionado. El nuevo proyecto pretende colectar las

“[...] que un Estado pueda legítimamente tomar medidas para promover su desarrollo económico. Sin embargo, recuerda que ello no puede menoscabar los derechos reconocidos en el artículo 27. Así pues, el alcance de la libertad del Estado en este ámbito deberá medirse con base a las obligaciones que deba asumir de conformidad con el artículo 27. [...]

En el presente caso, el Comité observa que ni la autora ni la comunidad de la que forma parte fueron consultadas en ningún momento por el Estado Parte en lo relativo a la construcción de los pozos de agua. Además, el Estado tampoco exigió la realización de estudios por entidad competente e independiente con miras a determinar el impacto que la construcción de los pozos tendría en la actividad económica tradicional, ni se tomaron medidas para minimizar las consecuencias negativas y reparar los daños sufridos. El Comité observa asimismo que la autora, no ha podido seguir beneficiándose de su actividad económica tradicional, debido a la desecación de las tierras y la pérdida de su ganado. Por ello, el Comité considera que la actuación del Estado comprometió de manera sustantiva el modo de vida y la cultura de la autora, como miembro de su comunidad. El Comité concluye que las actividades realizadas por el Estado parte violan el derecho de la autora, a gozar de su propia cultura en común con los demás miembros de su grupo, con arreglo al artículo 27 del Pacto” (CDH: 2009: párrs. 7.4 y 7.7)

²⁵⁰ Cfr. ACNUDH 2009

aguas de las más de 20 subcuencas y 6 lagunas que nacen en territorio de la comunidad campesina de Carhuanchu en Huancavelica, situación que incrementaría los impactos sociales, económicos y culturales contra los pobladores de diferentes comunidades tributarias del afluente hídrico²⁵¹.

Ante tales hechos y una vez agotadas las instancias internas, se planteó una denuncia ante el Tribunal Latinoamericano del Agua (TLA) para salvaguardar los derechos de las comunidades. Luego de una audiencia pública, en octubre de 2007 en Guadalajara – México, el Tribunal mencionado emitió un fallo favorable a la comunidad campesina recomendando varias medidas²⁵² al haber encontrado responsables a las autoridades del gobierno central peruano, del gobierno regional de Ica así como de los encargados de ejecutar el Proyecto Especial Tambo de Ccaracocha por la destrucción del sistema hídrico, el cual era fundamental para la subsistencia de las comunidades en cuestión²⁵³.

²⁵¹ Cfr. Pacheco: 2010, 27-29. Según el informe de Pacheco algunos de los impactos observados son la inundación del antiguo pueblo de Choclococha por el represamiento de la laguna del mismo nombre. Así también, los pobladores de Carhuanchu se vieron afectados por el canal de derivación intercuenas al alterar los caudales usuales de los riachuelos, lo que ha producido disminución de los bofedales y ha generado un proceso de desertificación en estas punas afectando las formas y sustento de vida de dichas comunidades. Adicionalmente se debe tener en cuenta que el año 2003 el gobierno peruano traslada la titularidad del sistema hídrico de la laguna Choclococha al gobierno regional de Ica, a pesar de que este sistema hídrico así como la mayoría de sus afluentes se encuentran en la Región de Huancavelica.

²⁵² Entre ellas, paralizar la obra de construcción del canal colector Ingahuasi, cumplir con lo establecido en las normas internacionales y nacionales en materia de consulta a poblaciones indígenas y crear mecanismos de indemnización por los daños sufridos, entre otros. Cfr. TLA 2007

²⁵³ Cfr. TLA: 2007. Ver también Hepworth, Postigo y Güemes 2010: 29 - 57

Si bien este es un Tribunal de conciencia²⁵⁴, y por tanto sus pronunciamientos no son jurídicamente vinculantes para los Estados, la difusión en el ámbito internacional de las resoluciones y la presión desde la comunidad internacional que estos puedan provocar, propicia un mejor encauzamiento de alternativas para la solución de los conflictos hídricos, en especial cuando se trata de comunidades indígenas. En el caso peruano, por ejemplo, luego del fallo se propició el inicio de un proceso de diálogo entre las regiones de Ica y Huancavelica al haberse reconocido por parte de una instancia internacional los derechos sobre el agua y la consulta previa de las comunidades campesinas.

Al respecto, sobre esta problemática resulta ilustrativa una investigación relacionada a los impactos del cultivo de los espárragos peruanos en la última década, situación que si bien ha generado un crecimiento económico continuo en el valle de Ica, cada vez existe más presión sobre el recurso hídrico afectando a comunidades indígenas relacionadas al recurso. Según el informe “The increased water demand for asparagus is also driving water scarcity in the mountains above Ica, affecting some of the poorest communities in Peru. [...]” (Hepworth, Postigo y Güemes 2010: 4). Posteriormente se agrega:

“A further impact of the asparagus boom has been to intensify demand for surface water, water in rivers, lakes and streams, upstream into the higher Ica basin and adjacent areas of the Andes. [...]. However, the thirst of the agro-export boom for groundwater has serious knock-on effects for surface water use and livelihood sustenance amongst water users higher in the basin. [...]

²⁵⁴ El Tribunal Latinoamericano del Agua, es un Tribunal de conciencia que funda sus resoluciones en consideraciones ético-jurídicas y científico-técnicas. Es una instancia alternativa, autónoma e independiente para la resolución de conflictos relacionados a la sustentabilidad hídrica y de acceso al agua. Según la información de su portal web “una de sus prioridades es garantizar el aprovechamiento del agua como derecho humano para el disfrute de las generaciones actuales y futuras. La legitimidad de este tribunal deriva tanto del carácter moral de sus resoluciones, así como del fundamento jurídico en que se basan.” (TLA 2011)

[...]

The water crisis facing Ica and Huancavelica provides a potent case study of how virtual water flows coupled with inadequate water resource management, safeguards and standards can exert negative impacts on poor communities in the developing world. The research also highlights how economic production based on these water footprints can be an important contributor to national GDP and local job creation. We emphasise that simplistic solutions, such as not eating food from the developing world, must therefore be avoided. More sophisticated responses are called for” (Hepworth, Postigo y Güemes 2010: 49 y 81)²⁵⁵

De lo anterior se desprende la especial situación de vulnerabilidad en la que normalmente se encuentran las comunidades indígenas en relación a las políticas o actos que tengan incidencia sobre sus recursos hídricos y tierras. Por tanto, en base al marco legal existente, los países partes del SIDH tienen la obligación de no lesionar a los miembros de los pueblos indígenas, individual y colectivamente, en el uso, goce y posesión de las aguas utilizadas tradicional y ancestralmente de acuerdo a las costumbres que sostienen su propia cultura, así como de tomar medidas para proteger y prevenir las acciones que por parte de terceros amenacen dicho derecho y, en caso de que se viole, sancionar la conducta.

²⁵⁵ Al respecto el Banco Mundial en un informe sobre el interés en el incremento de las tierras de cultivo a gran escala hace notar que “[...] Converting land use from natural state to intensive use will have immediate and longer term impacts on hydrology, carbon stocks, and biodiversity that often provide important livelihood support and safety nets for poor and landless people [as indigenous peoples]. Although these are at present mostly neglected, finding ways to quantify and value such impacts is an important challenge for research that has immediate policy implications” (BM 2010: 57)

Como ha sido referido, la Corte IDH ha establecido que la consulta²⁵⁶ es el medio idóneo para garantizar que no se produzcan abusos y violaciones a los derechos humanos de las poblaciones indígenas, incluso determina que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [...], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [...], sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.” (Corte IDH 2007: párr. 134). De este modo, se ha reconocido a nivel jurisprudencial interamericano que hay determinadas circunstancias en las que el consentimiento del pueblo indígena afectado no sólo es deseable, sino un requisito necesario para proceder con la limitación de sus derechos²⁵⁷.

²⁵⁶ Según el artículo 32.2 de la DNUDPI: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo” (ONU 2007: art. 32.2).

²⁵⁷ La DNUDPI consagra en este sentido dos situaciones en las que el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas es necesario: 1) cuando el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y 2) en casos relacionados con el almacenamiento o vertido de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas. (ONU 2007: art. 10 y 29.2). En ese sentido el CEDR, en un pronunciamiento relativo a Ecuador, señaló que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos indígenas” (CEDR 2003: párr. 16). Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales coincide señalando que “el Estado Parte debería recabar el consentimiento de los pueblos indígenas afectados antes de llevar a cabo proyectos de explotación de la madera y de los minerales del suelo o del subsuelo o de emprender cualquier política oficial que los afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT” (CDESC 2003b: párr. 58). En el caso del derecho interno, en Australia, por ejemplo, el Tribunal Supremo falló un caso de conflictos de intereses por la concesión a pescadores no indígenas a favor de los pueblos indígenas, en el sentido de establecer que pese a que los no indígenas tengan una autorización gubernamental se debía recabar además una autorización del pueblo indígena para entrar en su territorio y pescar en él. Cfr. Smith y Dodson 2010: párr. 46. Ver también: Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 2010.

De igual modo, el Relator Especial de la ONU en materia de pueblos indígenas determinó que “[...] en aquellos casos en que el impacto de una propuesta o iniciativa sobre el bienestar o derechos de un pueblo indígena es significativo, el consentimiento de la parte indígena, por medio de un acuerdo, no solamente es el objetivo de la consulta [sino] también es una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta” (Anaya 2010c). En lo particular agrega:

“[...] La parte indígena podría verse justificada de no otorgar su consentimiento, no en base a un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados” (Anaya: 2010c)

En adición a lo anterior, no debe ignorarse que la misma Corte IDH ya ido avanzando en las obligaciones que respectan a los Estados en relación al acceso de agua potable para los miembros de las comunidades indígenas. Si bien no se desarrolla directamente la protección del derecho al agua en la dimensión colectiva descrita, sí ayuda a fortalecer su protección individual²⁵⁸.

²⁵⁸ La Corte observando la limitación del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas ha mencionado que: “[e]n el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculadas con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. [...]”

La Corte considera que este hecho [limitación de la propiedad de sus territorios] ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a los medios de subsistencia tradicionales, así como el uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades” (Corte IDH 2005b: párrs. 167 y 168). Ver también Corte IDH 2007: párr. 194 - 196

En esa misma línea resulta interesante analizar algunas otras resoluciones del TLA en relación a los conflictos que se suscitan en diferentes países. El 2008 por ejemplo, en las audiencias realizadas en Ciudad de Guatemala se ventilaron varios casos relacionados a comunidades indígenas. A manera de ejemplos podemos citar los casos sobre proyectos hidroeléctricos sobre los ríos Bonyic y Changuinola en Panamá donde la principal causa del conflicto radica en que los embalses se construirían en territorios de las etnias Naso y Ngöbe respectivamente²⁵⁹; la severa afectación del río San Juan en detrimento de las comunidades indígenas maya-chalchitekas en Guatemala²⁶⁰; y la construcción de Hidroeléctricas del río Madeira en la selva amazónica en Brasil en vulneración de los derechos de las poblaciones autóctonas allí asentadas²⁶¹.

Los efectos de las políticas oficiales relacionadas al uso del agua, su canalización y reordenamiento sin participación de las poblaciones indígenas han sido altamente adversos para ellas; el ex relator sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, documentando el caso del pueblo indígena de los emberá-katío²⁶² en Colombia mostró que la construcción de la presa Urra I ha dado lugar a la desorganización social y económica del pueblo mencionado trastornando su vida cultural; “[t]ales efectos son el contagio de enfermedades desconocidas en la zona, la escasez de la pesca y de otros elementos básicos de su dieta y, por encima de todo, la

²⁵⁹ Cfr. TLA 2008a

²⁶⁰ Cfr. TLA 2008b

²⁶¹ Cfr. TLA 2008c. Para consultar de manera más amplia los efectos e impactos sobre las comunidades indígenas y el medio ambiente en relación a la construcción de represas ver Kopas y Puentes 2009: 36-98. En dicha investigación se toman como casos de estudio el proyecto multipropósito Baba en Ecuador, los proyectos hidroeléctrico en el Río Madeira, Brasil y Chan-75 en Panamá, ya mencionados anteriormente; y los proyectos hidroeléctricos Yacyretá en Argentina y Paraguay, como el proyecto la parota en México.

²⁶² El pueblo emberá-katío ha vivido en la zona bañada por los ríos Sinú y Verde, en el noroeste de Colombia (departamentos de Córdoba y Antioquía). Sus territorios ancestrales están reconocidos legalmente como sendos resguardos indígenas creados en 1993 y 1996, y están habitados por aproximadamente 500 familias. Cfr. Stavenhagen 2003b: párr. 37.

alteración del río que ocupa un lugar central en la relación espiritual que los emberá-katío mantienen con su tierra.” (Stavenhagen 2003b: párr. 42) Al respecto la Comisión Mundial de Presas, citada por Stavenhagen en el mismo informe, menciona que:

"Las grandes presas han alterado en forma significativa muchas de las cuencas fluviales del mundo, con impactos perturbadores, duraderos y de ordinario involuntarios en las bases socioculturales y en la forma de vida de decenas de millones de personas que viven en dichas regiones. Los impactos de la construcción de presas en las personas y en los medios de subsistencia, tanto aguas arriba como aguas abajo de las presas, han sido particularmente devastadores en Asia, África y América Latina, donde los sistemas fluviales existentes sustentaban las economías locales y la vida cultural de una población muy vasta, compuesta de comunidades diferentes" (Stavenhagen 2003b: párr. 59)

Por tanto, dentro este tipo de conflictos y proyectos de desarrollo, debe tenerse en cuenta, que “[d]ados los graves impactos que pueden tener en las comunidades indígenas, hay una alta probabilidad de que los proyectos violen los derechos de los pueblos indígenas a su auto-determinación, tanto como sus derechos a la propiedad colectiva si su propiedad se ve inundada o negativamente afectada” (Kopas y Puentes 2009: 58)²⁶³

²⁶³ Asimismo en el informe se señala: “Aunque las grandes represas suelen construirse bajo el argumento de que sus embalses proveerán mayores cantidades de agua de buena calidad para las comunidades cercanas, la modificación artificial de las cuencas hidrográficas de hecho puede empeorar la calidad y salubridad de las aguas tanto río arriba como río abajo de la represa. Adicionalmente, está ampliamente probado que las grandes represas tienen un claro impacto en el flujo de las aguas tanto en el río donde el embalse se construye, como en los ríos tributarios” (Kopas y Puentes 2009: 9 y 10). Según Rodolfo Stavenhagen, en su informe sobre el impacto de proyectos de gran escala en los derechos de los pueblos indígenas detalla que “[l]a cuestión de la explotación de los recursos extractivos y los derechos humanos supone una relación entre los pueblos indígenas, los gobiernos y el sector privado que debe basarse en el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales, que a su vez implica el ejercicio de su derecho a la libre determinación. El desarrollo sostenible es esencial para la supervivencia y el futuro de los pueblos indígenas, cuyo derecho al desarrollo conlleva

En medio de estos múltiples conflictos y presiones, el destino de los recursos hídricos ha desatado una competencia donde los pueblos indígenas se ven difícilmente posibilitados de hacer prevalecer sus derechos en relación al recurso. El derecho colectivo al agua visto de este modo comprende necesariamente la base material para que ellos puedan desarrollar su cultura y lazos sociales tradicionales, espacios no exentos de conflictos y relaciones ásperas. La negación o desvaloración de los indígenas como actores dentro de la sociedad y su esencialización romántica desde el otro lado no toman en cuenta que las culturas y sus instituciones son conceptos híbridos e interrelacionados. Una perspectiva folclórica, casi de postal turística, desconoce el diálogo intercultural y minimiza los valores que dichos pueblos tienen arraigados.

Bajo un marco de indiferencia social y exclusión económica, aunado a ideologías racistas y excluyentes solapadas, el derecho al agua reclama su protección jurídica al formar uno de los pilares -junto a la libre determinación, la tierra y consulta previa- para el goce efectivo y disfrute pleno de los derechos y libertades fundamentales de los indígenas y para generar políticas y plataformas de inclusión al desarrollo y crecimiento socioeconómico sostenible, en respeto de sus particulares formas de vida.

Frente a la actual coyuntura en relación a los recursos hídricos, la Corte IDH, tarde o temprano, tendrá que resolver sobre este tipo de problemas, el deber jurídico de abordarlos adecuadamente, el desafío de no dejar desprotegidas a las víctimas de acuerdo a derecho y la incomodidad de hacerlo con la presión política de los Estados. El resultado que marque derroteros y lineamientos en la materia será una de las mejores herencias jurídicas para el fortalecimiento de la justicia que una corte internacional de derechos humanos como aquella nos pueda entregar, siempre que no olvide que sus

el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho debe respetarse, especialmente su derecho a decir que no” (Stavenhagen 2003b: párr. 66)

disposiciones no son meras digresiones académicas o papeles de escritorio, sino pautas que generan efectos directos en las personas.

3.2 Responsabilidad Internacional del Estado

En este apartado, desarrollaremos muy brevemente la consecuencia jurídica natural que sucede en el Derecho Internacional al corroborarse la vulneración de normas jurídicamente vinculantes de derechos humanos: la responsabilidad internacional de un Estado. De acuerdo al artículo 1.1²⁶⁴ de la Convención Americana los Estados Partes están obligados tanto a respetar como garantizar los derechos y libertades reconocidas en ella. El deber de respetar se refiere a los límites que los derechos humanos como atributos de la dignidad humana ponen al ejercicio del poder estatal (obligación de no hacer o negativa), es decir se trata de esferas en que el Estado no puede interferir y vulnerar por tratarse de bienes supremos jurídicamente protegidos.

Sobre la obligación de garantía (obligación positiva), la Corte IDH ha establecido que esta obligación supone el deber de los Estados de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación” (Corte IDH 1988: párr. 174). Ello implica que los Estados no solamente deban “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público,

²⁶⁴ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (OEA: 1969, art. 1.1)

de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Corte IDH 1988: párr. 166) sino que también deban garantizar los derechos en “función a las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Corte IDH 2006c: párr. 154)

Dentro del SIDH, la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía. Es decir, todo acto u omisión imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos compromete la responsabilidad internacional del mismo²⁶⁵. En materia de responsabilidad internacional de los Estados por violación a la CADH, la Corte IDH ha indicado que:

“[l]o decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención” (Corte IDH 1989b: párr. 183)

Respecto al artículo 2²⁶⁶, el Tribunal precisa que este “[...] establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la

²⁶⁵ Corte IDH 2001b: párr. 72

²⁶⁶ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (OEA: 1969, art. 2)

misma [CADH] para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)” (Corte IDH 2010b: párr. 206)²⁶⁷.

El planteamiento de un determinado caso ante la Corte IDH, en relación al análisis y desarrollo jurídico de fondo realizado anteriormente, permitiría -previa valoración de la prueba y según el marco fáctico del caso- la declaración de la responsabilidad internacional de un Estado cuando este no haya cautelado el derecho al agua de las comunidades indígenas en relación a los artículos 1.1 y/o 2 de la CADH descritos. Dicha vulneración estaría dada por la violación conjunta de los artículos 21, 4.1 y 3 a la luz del artículo 29 de la CADH en el sentido que se ha descrito.

De este modo, la falta de garantías conducentes a que los pueblos indígenas disfruten el contenido del derecho al agua desarrollado, ya sea por la inacción de las autoridades en prevenir, investigar y sancionar su vulneración (deber de garantía) o ya sea por la intervención directa de ellas para violar componentes esenciales del mismo (deber de respeto) generaría responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos del Estado demandado. De la misma forma, será atribuible dicha responsabilidad por la perversión, más o menos explícita, de las normas y políticas públicas, o la inexistencia de estas dentro del ordenamiento jurídico interno cuando ello implique la obstrucción y/o negación al goce del contenido protegido por el derecho al agua en atención a las especificidades y naturaleza de los pueblos indígenas.

²⁶⁷ La CIDH ha manifestado: "Los Estados deben dar una implementación práctica efectiva a las normas constitucionales, legales y reglamentarias de su derecho interno que consagran derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, para así asegurar el goce real y efectivo de tales derechos. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*). La existencia de un marco jurídico favorable 'no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañada de políticas y acciones estatales que velen por la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas a las que el propio Estado soberanamente se ha obligado'" (CIDH 2009a: párr. 44)

Finalmente habría que agregar que la protección igualitaria y efectiva de la ley y el deber de no discriminación como principio del dominio del *jus cogens* constituye un componente sobresaliente dentro de la tutela de los derechos humanos. Para el cumplimiento de este principio en el contexto de los pueblos indígenas, se torna indispensable desarrollar enfoques que permitan salvaguardar efectivamente sus derechos individuales y colectivos tomando en cuenta sus particularidades propias y características económicas, sociales y culturales de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, las cuales normalmente los ponen en situación de vulnerabilidad y de fácil objeto de violaciones. Esto se revela por ejemplo en el Segundo Foro Mundial del Agua cuando se concluye que:

"[...] hay un problema recurrente para los pueblos indígenas, los cuales están frecuentemente constreñidos a tratar con asuntos vitales en términos dictados por otros. El conocimiento tradicional es visto como algo inferior en los sistemas políticos, legales y científicos actuales y, por ello, sus argumentos son desechados una y otra vez en las cortes y en otras instituciones" (Boelens 2007a: 58)

Por ello, existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en un tratamiento jurídico diferenciado sin que tales situaciones signifiquen discriminación, por el contrario, algunas veces pueden ser necesarias para alcanzar el pleno disfrute de derechos humanos, por ejemplo a través de la aplicación de medidas especiales.

En ese sentido la CIDH:

"[...] ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad

de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos [...]" (CIDH 2009a: párr. 49)

Esto significa que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar los pasos necesarios para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de los pueblos indígenas con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley²⁶⁸. Un deber especial que los Estados deben ejercer para revertir situaciones que mantengan prácticas discriminatorias y que marginalicen el efectivo goce de los derechos humanos²⁶⁹. Esto

²⁶⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos observó la importancia de tener en cuenta estas medidas especiales en el caso de minorías gitanas en el Reino Unido. Cfr. ECHR 2004: párr. 84. Del mismo modo, ya en 1935 la que fuera la Corte Permanente Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las escuelas de las minorías en Albania manifestó: "The idea underlying the treaties for the protections of minorities is to secure for certain elements incorporated in a State, the population of which differs from them in race, language or religion, the possibility of living peaceably alongside that population and co-operating amicably with it, while at the same time preserving the characteristics which distinguish them from the majority, and satisfying the ensuing special needs."

In order to attain this object, two things were regarded as particularly necessary, and have formed the subject of provisions in these treaties.

The first to ensure that nationals belonging to racial, religious or linguistic minorities shall be placed in every respect on a footing of perfect equality with the other nationals of the State.

The second is to ensure for the minority elements suitable means for the preservation of their racial peculiarities, their traditions and their national characteristics.

These two requirements are indeed closely interlocked for there would be no true equality between a majority and a minority if the latter were deprived of its own institutions, and were consequently compelled to renounce that which constitutes the very essence of its being as a minority." (Steiner y Alston 1996: 91)

²⁶⁹ Según la CIDH: "Dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población [...]" (CIDH 1997: cap. IX). Ver también CIDH 2009b: párr. 1072. En ese sentido el artículo 1.4 de la Convención Internacional sobre la

permitiría, en el caso de los pueblos indígenas, garantizar su supervivencia física y cultural así como una convivencia intercultural armoniosa que alimente el respeto por su capacidad creadora y particular forma de vivir y concebir el mundo.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial estipula que “[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial [...]” (ONU 1965: art. 1.4). Por su parte el Comité de Derechos Humanos en su Observación General 23 señaló: “Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan” (CDH 1994: párr.7)

CONCLUSIONES

A lo largo del tiempo el agua ha representado un elemento fundamental para la existencia de los seres humanos, no solo por su funcionalidad y carácter condicionante para la vida, sino además porque ha posibilitado el desarrollo de culturas y el progreso de muchas sociedades. Ha permitido el intercambio comercial y cultural desplegando una serie de relaciones dentro de las mismas estructuras sociales de los diferentes grupos humanos y cuyo significado ha trascendido a esferas también espirituales y simbólicas.

Actualmente existe una serie de presiones, desde diferentes ámbitos, sobre el uso y acceso de este recurso natural para satisfacer intereses y demandas relacionadas a él, esto ha generado conflictos y amenazas al mantenimiento de niveles y calidad mínimas que requieren respuestas desde enfoques técnico-políticos como desde prácticas tradicionales que permitan estructurar instituciones y esquemas de gestión sostenibles y equitativas del mismo. Utilizar enfoques integrales que comprendan los usos y necesidades actuales, las consecuencias e impactos en las modificaciones sobre el mismo y la identificación de los agentes interesados resulta necesario. Precisamente, el análisis que en esta investigación se realiza se convierte en una respuesta jurídica para abordar dicho problema.

Los diversos significados y usos que se dan al agua permiten afirmar su transversalidad económica, social y cultural en la vida de la persona. Esta dimensión múltiple, aunada al desarrollo de la protección de la dignidad de la persona, ha permitido relacionarla al ámbito de los derechos humanos y considerarlo como un bien estratégico para la vida y las relaciones extra e intra comunitarias en las sociedades.

El enfoque de derechos humanos nos permitiría, en primer lugar, reconocer la existencia del derecho al agua y, segundo, la posibilidad jurídica de su exigibilidad. Ello implicaría la generación de obligaciones de los Estados encaminadas a respetarlo y garantizarlo. Estas obligaciones se derivarán del marco internacional y constitucional jurídico que permita hacerlo exigible. De este modo, la construcción conceptual realizada en esta investigación ha permitido abordar la concreción de dicho derecho en relación a los pueblos indígenas.

El derecho al agua, se corresponde en calidad de derecho humano, en tanto representa condición indispensable para el respeto de una vida digna de la persona humana, ya sea en su dimensión individual o colectiva. El surgimiento de este derecho en calidad de derecho humano significa entonces su necesaria protección para la realización de valores consustanciales y universales a los seres humanos.

De acuerdo a los planteamientos descritos, desde un ámbito individual, el contenido protegido del derecho al agua significaría proteger la accesibilidad, disponibilidad, calidad y aceptabilidad del mismo a todos los seres humanos, en tanto que en relación a los pueblos indígenas como colectivos significaría proteger las mismas características en relación a sus esquemas e instituciones consuetudinarias para el uso y acceso al agua, valorando la interdependencia que tienen con él para su supervivencia como pueblos y culturas diferenciadas. Esto, como se ha observado, no es absoluto, pero sí representa una condición inicial al valorar las actuaciones posteriores que limiten tal derecho.

Si bien el estado actual de entendimiento y estudio internacional del derecho al agua no es tan prolijo como otros derechos, presentándose muchas veces difuso en su avance académico y jurisprudencial por no encontrarse expresamente recogido como tal en algún tratado o convenio internacional; la interpretación y posicionamiento del tema en varias esferas y ámbitos de discusión abre las puertas para seguir trabajando por su

concreción jurídica. Esto es más crítico en relación a las comunidades indígenas, pues al ser un grupo vulnerable las aproximaciones oficiales no necesariamente respetan sus particulares modos de vida y concepciones del mundo, limitando su propia libertad como grupos diferenciados y amenazando el disfrute de sus derechos.

Bajo el marco de esta investigación, al identificarse especialmente tres componentes particulares del derecho al agua: uno económico, uno social y otro cultural, y podríamos agregar otro ambiental e incluso político, se comprueba la diversidad de valores que se le otorga, situación que adquiere mayor tensión cuando sobre el mismo flujo hídrico existen demandas rivales para su destino y los efectos que puedan producir en los usuarios tributarios de él son perniciosos desde una evaluación integral.

Haber dado un acercamiento desde estos tres componentes permite no soslayar conceptos y externalidades en los usos del agua para las diversas actividades que se sirven de él. Entender sus formas de manifestación integralmente coadyuvaría a diseñar esquemas y tener enfoques más completos y adecuados a la protección del derecho, en tanto bien natural sensible, y a la generación de plataformas de desarrollo humano.

El estudio casuístico en tres países, seleccionados específicamente por ser ilustrativos en tres formas diferenciadas de acercamiento a la gestión del recurso hídrico, y los efectos de ello como derecho humano reconocido -en especial sobre las comunidades indígenas- ha resultado importante para entender la construcción jurídica que se hace. Analizar los efectos que se producen sobre los pueblos indígenas a través de los sistemas de regulación descritos permite concluir la necesidad de abordar este derecho de manera integral, teniendo en cuenta el uso sostenible y eficiente del recurso y respetando las particularidades que emergen con los pueblos indígenas.

Utilizar la costumbre como fuente de derecho de los pueblos indígenas, y como enfoque para entender las relaciones de sus prácticas y usos locales sostenidos sobre el agua, ayuda a obtener mayores elementos de juicio para la protección del derecho bajo análisis, más aún cuando se observa la dependencia o indiferencia sobre dichas prácticas desde el plano oficial nacional. Creemos que entender la costumbre jurídica y formas locales de gestión hídrica para utilizarlas en los conflictos existentes permitiría contribuir a su resolución, a dar nuevos parámetros para la articulación de políticas públicas como para el fortalecimiento de una forma de gobierno más democrática. Sin lugar a dudas, este representa un desafío para los gestores de políticas públicas, los legisladores y las propias organizaciones que trabajan dicha temática.

Satanizar la costumbre, y recurrir al discurso que avala su inoperancia práctica en el desarrollo de los pueblos, infiriendo el prejuicio de su arcaísmo, inutilidad o improductividad, además de soslayar las propias instituciones de estos pueblos, genera discriminación y afectación a su dignidad. Se puede concluir que inutilizar las propias instituciones y esquemas indígenas relacionados al agua vulnera dicho derecho, aún más cuando ello significa la pérdida de su identidad como pueblos y el agravamiento del estado económico en el que se encuentran.

El reconocimiento de la existencia de una mezcla normativa entre el derecho positivo y consuetudinario, que se complejiza en las sociedades multiculturales, sirve para acercarnos a entender el contenido del derecho al agua en función de los pueblos indígenas, es decir colectivamente. De allí que las herramientas que desde el pluralismo legal consigamos resultan pertinentes y necesarias para la protección internacional de dicho derecho. Con ello, además, se destierra la idea del monopolio normativo estatal y se incluye la generación de formas propias de regulación local en relación al agua, aceptando la hibridación normativa.

Si no se acepta la existencia de un pluralismo legal, el poder homogeneizador desde la política oficial limitará los derechos y la libertad de los pueblos indígenas en desarrollarse bajo sus propias formas de vida y cosmovisión, atentando contra sus derechos humanos, individuales y colectivos. Negar estos arreglos consuetudinarios, generará que las políticas implementadas sean deficientes dado que en ellas estarán ausentes los incentivos y límites que estos esquemas internos generan.

El desarrollo progresivo de los derechos humanos, en especial durante los últimos 60 años - influidos por ideas liberales contra los excesos de poder y las actitudes totalitarias- ha ayudado a una paulatina notoriedad de las reivindicaciones indígenas para fortalecer el reconocimiento y respeto a sus derechos. No obstante, el deficiente o nulo disfrute de dichos derechos lleva a realizar un replanteamiento de conceptos para adecuarlos a las realidades culturales de los pueblos indígenas, otorgando el carácter colectivo a varios de ellos.

Pese a la existencia de voces contrarias a la legitimación de derechos colectivos, de los planteamientos desarrollados creemos que válida e incluso, necesariamente, estos deben ser respetados y desarrollados para generar las condiciones que permitan el disfrute de las libertades y derechos fundamentales de los indígenas. El derecho colectivo al agua, en este marco, surge íntimamente vinculado a las realidades indígenas no sólo para estrechar corredores de diálogo para usos eficientes del mismo, sino además para respetar su identificación cultural. Garantizar la protección diferenciada del derecho al agua, asegura que los indígenas no serán ignorados y agobiados por las decisiones de la sociedad dominante.

Del estudio realizado también se desprende que las instituciones locales, a través de acciones y derechos colectivos, muchas veces llegan a generar mejores respuestas a los problemas de sostenibilidad y uso de los recursos. De ahí la necesidad de entenderlos y

articularlos con los objetivos que se planteen a través de la consulta y el diálogo horizontal con las poblaciones indígenas.

Si bien se defiende el respeto y defensa de los derechos colectivos, también se reafirma la protección de aquellos derechos individuales; los límites entre unos y otros se demarcará a través de el contenido de dichos derechos y la ponderación jurídica que se hagan de ellos. En todo caso, rechazamos la vulneración de derechos individuales so pretexto de planteamientos del relativismo cultural.

Se puede concluir que el derecho al agua visto desde las especificidades de las comunidades indígenas adquiere suma relevancia tanto en su subsistencia física y económica, para su libre desarrollo como pueblos como para el proyecto de vida de sus miembros. Mermar la capacidad creadora de los indígenas a través de concepciones y políticas que los incorporan funcionalmente sin un reconocimiento genuino acaba congelando la dinámica local indígena.

La CADH a través de su artículo 29 nos proporciona un espectro flexible para poder articular argumentos y construir jurídicamente la protección del derecho humano al agua de los pueblos indígenas. El desarrollo dado principalmente a través del Convenio N° 169 de la OIT, la DNUDPI, la jurisprudencia constitucional e internacional como los documentos emitidos por órganos autorizados en la materia comportan un cuerpo normativo útil para estos efectos.

Con el paso del tiempo y los contextos cambiantes, se puede determinar que existe la necesidad de ir adaptando el contenido de los derechos humanos al desarrollo histórico, a las valoraciones que adquieren vigencia, a la doctrina como a la propia jurisprudencia sobre la materia. De ahí que afirmemos la necesidad de consolidar el respeto de la

dignidad de la persona a través de ellos, teniendo en cuenta los nuevos desafíos y problemas que surjan o visibilicen.

La reiterada interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos a nivel general ha permitido proponer los argumentos que sustentan la hipótesis de la presente tesis. Pese a la ausencia de un reconocimiento expreso de dicho derecho en la CADH, podemos desprender su protección al observar su estrecha vinculación con el derecho a la propiedad, la vida y la personalidad jurídica vistos conjuntamente. Es decir, sin dejar de afirmar la autonomía y contenido propio del derecho al agua se puede llegar a identificarlo, mientras no tengamos una formulación expresa, con el contenido protegido por estos otros derechos expresamente reconocidos, sin la intención de confundirlos o mostrarlo como una fracción de aquellos.

El derecho colectivo al agua de los pueblos indígenas entonces se vería protegido a través del contenido del derecho a la propiedad, por la especial interrelación existente entre sus territorios y recursos naturales; el contenido del derecho a la vida, en tanto elemento esencial para que los indígenas se desarrollen en condiciones de dignidad; y el contenido del derecho a la personalidad jurídica para poder interactuar en condiciones de igualdad con el Estado y la sociedad en general y para legitimar a dichas poblaciones como actores en el uso de sus propias instituciones consuetudinarias en relación al agua.

Sin perjuicio de la propuesta planteada, se reconoce que existen otras alternativas y mecanismos para tutelar el goce efectivo del derecho bajo análisis. Estos, no obstante, sirven como complemento a los argumentos desplegados, teniendo que ver cada situación en específico para decidir la opción o estrategia a seguir.

El derecho al agua, junto a la libre determinación, la tierra y la consulta previa, forma una estructura fundamental para el respeto de la dignidad de los indígenas. Ello así,

promover el constante diálogo y su consideración como interlocutores legítimos contribuiría a un desarrollo sostenible general con respeto de los derechos humanos. Por el contrario, la existencia de una baja posibilidad de participación efectiva a través de los mecanismos formales existentes propicia el ejercicio de presiones que pueden lindar lo democrático, manifestándose así las limitaciones de mantener una concepción de superioridad social y un carácter cerrado y hermético en las relaciones con ellos.

Precisamente, otro de los retos a ser enfrentados en los próximos años son las acciones implementadas bajo esquemas de la modernización y desarrollo que amenacen el respeto de la diversidad cultural existente y la propia libertad de estas personas. De allí, que no se pueda ignorar la presencia de estos pueblos en torno a la reafirmación y fortalecimiento de su propia identidad ni despreciar sus propias lógicas consuetudinarias y legitimidad de sus reivindicaciones.

La vulneración del derecho al agua por parte de los Estados al no respetarlo ni garantizarlo generará su responsabilidad internacional con el consecuente deber de reparar a las víctimas.

La necesidad de proponer soluciones integrales e incluyentes de las comunidades indígenas se tornan urgentes, el camino desarrollado en este trabajo de investigación intenta ser una pauta que permita abrir oportunidades para el respeto de los derechos humanos. Es necesario por ello pensar y revisar las prácticas y conceptos que permitieron generar los problemas actuales bajo una lógica dialogante, que no se circunscribe a la negociación, sino como la construcción en tolerancia de un futuro común.

Al realizar la reflexión sobre determinados aspectos de la complejidad en la protección del derecho al agua en relación a los pueblos indígenas se fue formulando preguntas que

se debía responder para solventar la estructura y coherencia de la investigación. Sin embargo, pese al convencimiento de las formulaciones realizadas algunas de estas preguntas pueden seguir subsistiendo a medida que observemos la multiplicidad de casos que se enfrenta en la realidad. Las respuestas y planteamientos que se desarrolla como fundamento de esta investigación no son únicos ni absolutos, por ello el fiel que quizás inclina la balanza y disemina las dudas siempre presentes, en mi esfera personal, se corresponden con la utilización razonable del principio *pro persona*, tutelando a la víctima de una violación específica.

La construcción de espacios públicos que fomenten el dialogo y respeto a la diversidad; y, una escuela que promueva la valoración de nuestra multiculturalidad acercando los lazos que nos une y comunique sin incentivar la fragmentación son necesarias para garantizar una interacción y convivencia armoniosa; el fomento de la participación de los grupos indígenas como el equilibrio y balance de las políticas que los relacionan permitiría mayor cohesión social en contextos democráticos. Complicar o impedir el acceso a estos mecanismos refuerza ideas excluyentes y discriminatorias que ponen en peligro su supervivencia física y cultural.

Fortalecer el respeto de sus derechos y libertades en general permite el desarrollo de sus potencialidades y capacidades así como la disminución de las actuaciones avasalladoras de las fuerzas políticas, sociales o económicas dominantes que los amenazan constantemente. En definitiva, contribuir a dicho fortalecimiento no haría sino avanzar en lo que Nelson Mandela manifestó al recibir el premio Nobel de la Paz: “Thus shall we live, because we will have created a society which recognises that all people are born equal, with each entitled in equal measure to life, liberty, prosperity, human rights and good governance” (Mandela 1993)

BIBLIOGRAFÍA

ABU-SAAD, Ismael (2009) Medio Oriente: Los Beduinos Palestinos de Israel, pp. 452-459. En: Wessendorf, Kathrin (comp.) Mundo Indígena 2009. Lima: IWGIA.

ALBUQUERQUE, de Catarina (2010) Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Documento de Naciones Unidas: A/HRC/15/31.

----(2011a) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Compilación de Buenas Prácticas. Documento de Naciones Unidas A/HRC/18/33/Add.1

----(2011b) Informe de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque. Documento de Naciones Unidas A/HRC/18/33.

ANAYA, James (2006) Los pueblos indígenas y el Estado multicultural, pp. 41-48. En: Gutiérrez, Juan Carlos (coord.) Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. México D.F: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea.

----(2009a) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya: Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú. Documento de Naciones Unidas: A/HRC/12/34/Add.8.

----(2009b) Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Documento de Naciones Unidas A/HCR/12/34.

----(2010a) El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración, pp. 194-209. En: Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.) El

desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague: IWGIA.

----(2010b) Cases examined by the Special Rapporteur (June 2009 – July 2010). Documento de Naciones Unidas A/HRC/15/37/ADD.1.

----(2010c) Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú (Consulta 24 de abril de 2011) (<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S>)

ANDRADA, Fátima y GONZA, Alejandra (2010) El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú. Washington: Fundación del Debido Proceso Legal.

ASSIES, Willem (2006) Reforma estatal y multiculturalismo latinoamericano al inicio del siglo XXI, pp. 59-82. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

AUSTRALIA (2010) Informes presentados por Australia de conformidad con el artículo 9 de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial: Informes periódicos 15º, 16º y 17º. Documento de Naciones Unidas CERD/C/AUS/15-17.

AYLWIN, José (2004) Derechos humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos, pp. 153-221. En: Zalaquett, José (coord.) Grupo de Reflexión Regional: Temas de Derechos Humanos en Debate. Lima: IDL y Centro de Derechos Humanos/Facultad de Derecho/ Universidad de Chile.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) (2006a) Política operativa sobre pueblos indígenas. OP-765 (Consulta 15 de noviembre de 2010) (<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691246>).

----(2006b) Estrategia para el desarrollo indígena. GN-2387-5 (Consulta 15 de noviembre de 2010)

(<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1442291>)

BANCO MUNDIAL (BM) (2005) Manual de operaciones del Banco Mundial. OP 4.10: Pueblos Indígenas. (Consulta 15 de noviembre de 2010)

(<http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>)

----(2010) Rising Global Interest in Farmland: Can it yield sustainable and equitable benefits?. Washington D.C: Banco Mundial.

BANG-OA, Eleanor (2007) Manejo tradicional del agua: los Kankanaeys de Besao, Provincia de Mountain, Filipinas, pp. 68-79. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.). El agua y los Pueblos Indígenas. Paris: UNESCO.

BAUD, Michiel (2006) Indigenismo, políticas de identidad y movimientos indígenas en la historia andina, pp. 33-58. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

BAUER, Carl (2002) Contra la corriente: Privatización, mercados de agua y el Estado en Chile. Santiago: LOM ediciones, Fundación Terram y Resources for the future.

BECCAR, Lily; BOELEN, Rutgerd y HOOGENDAM, Paul (2007) Derechos de agua y acción colectiva en el riego comunitario, pp. 21-44. En: Boelens, Rutgerd y Hoogendam, Paul (eds). Derechos de Agua y Acción Colectiva. Lima: IEP.

BJÖRKLUND, Gunilla y otros (2009) Impacts of water use on water systems and the environment, pp. 125-149. En: World Water Assessment Programme. The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World. Paris: UNESCO, y London: Earthscan.

BOBBIO, Norberto (1965) El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: EUDEBA.

BOELENS, Rutgerd (2006) Amenazas, defensa y afirmación de los derechos colectivos en la gestión del agua, pp. 11-46. En: Urteaga, Patricia y Boelens, Rutgerd (eds.) Derechos Colectivos y Políticas Hídricas en la Región Andina. Lima: IEP y Walir.

----(2007a) Aguas locales, políticas culturales y leyes universales: La gestión hídrica indígena frente a la legislación nacional y las “políticas de participación”, pp. 48-65. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) El Agua y los Pueblos Indígenas. París: UNESCO.

----(2007b) Pluralismo legal y reformas hídricas: ¿Disciplina y uniformización de los órdenes legales desobedientes?, pp. 17-26. En: Boelens, Rutgerd y otros (comps.) Memorias del Congreso Internacional WALIR: Pluralismo Legal, Recursos Hídricos y Políticas de Reconocimiento (Cusco, noviembre de 2006). Wageningen/Cusco: Wageningen University y otras.

BOELENS, Rutgerd y DOORNBOS, Bernitta (2007) Derechos de agua y el "empoderamiento" en medio de los marcos normativos conflictivos en Ceceles, Ecuador, pp. 281-306. En: Boelens, Rutgerd y Hoogendam, Paul (eds.) Derechos de Agua y Acción Colectiva. Lima: IEP.

BOELENS, Rutgerd; GETCHES, David y GUEVARA, Armando (2006) La gestión indígena y campesina del agua frente a las políticas hídricas de los países andinos, pp. 11-29. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

BOELENS, Rutgerd y otros (2006) Agua, Identidad y Legislación Especial, pp. 131-188. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds) Agua y Derecho: Políticas Hídricas, Derechos Consuetudinarios e Identidades Locales. Lima: IEP y Walir.

BOELENS, Rutgerd, ZWARTEVEEN, Margreet y ROTH, Dik (2005) Legal Complexity in the Analysis of Water Rights and Water Resources Managment, pp. 1-15. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Liquid Relations: Contested Water Rights and Legal Complexity. New Jersey: Rutgers University Press.

BOLIVIA Asamblea Constituyente (2009) Constitución Política de Bolivia.

BRUNS, Bryan (2005) Routes to Water Rights, pp.215-236. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Liquid Relations: Contested Water Rights and Legal Complexity. New Jersey: Rutgers University Press.

BUDDS, Jessica (2007) Derechos de Agua, Pobreza y Manejo Ambiental en Chile: Recursos Hídricos, Minería y Pueblos Indígenas en el Norte Grande. pp. 157-174. En: Boelens, Rutgerd y otros (comps.) Memorias del Congreso Internacional WALIR: Pluralismo Legal, Recursos Hídricos y Políticas de Reconocimiento (Cusco, noviembre de 2006). Wageningen/Cusco: Wageningen University y otras.

CAMDESSUS y otros (2006) Agua para todos. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

CAMPOS, Cynthia y POMA, Luis (2010) El agua de la discordia. En: Domingo la Revista de La República. (Consulta: 19 de diciembre de 2010)
(<http://www.larepublica.com.pe/archive/all/domingo/20101219/1/1558/todos>).

CANÇADO, Antônio (1999) Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99. Serie A No. 16.

----(2000) Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Serie C No. 70.

----(2001) Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos, pp. 5-39. En: Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José: Corte IDH.

CARRILLO. Juan Antonio (1999) Dignidad frente a la barbarie: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después. Madrid: Trotta.

CASTRO, Milka (2007a) Normas Locales y Competencia sobre el Agua en las Comunidades Aymaras y Atacameñas del Norte de Chile, pp. 240-260. En: Boelens, Rutgerd y Hoogendam, Paul (eds). Derechos de Agua y Acción Colectiva. Lima: IEP.

----(2007b) Comunidad territorial indígena, gestión de recursos hídricos y derechos colectivos, pp. 143-156. En: Boelens, Rutgerd y otros (comps.) Memorias del Congreso Internacional WALIR: Pluralismo Legal, Recursos Hídricos y Políticas de Reconocimiento (Cusco, noviembre de 2006). Wageningen/Cusco: Wageningen University y Otras.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN (CEDR) (1991) Observación General N° 8: Interpretación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1 de la Convención: Identificación con un grupo racial o étnico. Documento de Naciones Unidas A/45/18.

----(1997) Observación General N° 23: Derechos de los pueblos indígenas. Documento de Naciones Unidas A/52/18 anexo V.

----(2003) Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial al Informe presentado por Ecuador. Documento de Naciones Unidas CEDR/C/62/CO/2.

----(2009) Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Documento de Naciones Unidas A/64/18.

CHARTERS, Claire y STAVENHAGEN, Rodolfo (eds.) (2010) El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague: IWGIA.

CHILE. Junta de Gobierno de la República de Chile (1977). Decreto con fuerza de ley N° 1.939: Normas sobre adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

----Junta de Gobierno de la República de Chile (1981). Decreto con fuerza de ley N° 1.112: Código de Aguas.

----Congreso Nacional de Chile (1992). Ley N° 19.145: Modificación de los artículos 58 y 63 del Código de Aguas.

----Congreso Nacional de Chile (1993). Ley N° 19.253: Ley Indígena.

----Presidencia de la República (2005). Decreto Supremo N° 100: Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

CLAVERO, Bartolomé (2006) Derecho y Cultura: el derecho humano a la cultura propia, pp. 29-40. En: Gutiérrez, Juan Carlos (coord.) Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. México D.F: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea.

COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH) (1985) Caso N° 7615 Indios Yanomami v. Brasil. Resolución No. 12/85.

----(1997) Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Documento: OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 10 rev.1.

----(2000) Informe sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. Documento: OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 62.

----(2002) Caso 11.140: Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos. Informe de fondo 75/02.

----(2004) Caso 12.053: Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo v. Belice. Informe de fondo 40/04.

----(2009a) Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

----(2009b) Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Documento: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54.

----(2010) Medidas Cautelares a favor de las Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala. MC 260/07. En: CIDH, Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2010 (Consulta 28 de enero de 2010) (<http://www.cidh.org/medidas/2010.sp.htm>)

COMISIÓN JURÍDICA PARA EL AUTODESARROLLO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS ANDINOS (CAPAJ) (2010) La Comunicada de Ancomarca ante la reciente decisión del CERD a propósito de sus aguas y subsistencia: Declaración Pública (Consulta 05 de mayo de 2010)

(http://www.capaj.org/descargas/Declaracion_publica.doc)

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES (CDESC) (2002) Observación General N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Documento de Naciones Unidas E/C.12/2002/11.

----(2003a) Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Informe presentado por la Federación de Rusia. Documento de Naciones Unidas E/C.12/1/Add.94.

----(2003b) Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al Informe presentado por Brasil. Documento de Naciones Unidas E/C.12/1/Add. 87.

----(2008a) Directrices sobre los documentos específicos que deben presentar los Estados Partes con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento de Naciones Unidas E/C.12/2008/2.

----(2008b) Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Angola. Documento de Naciones Unidas: E/C.12/AGO/CO/3.

----(2010) Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el tercer informe periódico de Israel en relación con los artículos 1 a 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento de Naciones Unidas: E/C.12/ISR/Q/3.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CDH) (1990) Dictamen sobre la Comunicación N° 167/1984 Lubicon Lake Band v. Canadá. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/38/D/167/1984.

----(1994a) Dictamen sobre la Comunicación N° 511/1992 Ilmari Länsman y Otros v. Finlandia. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/52/D/511/1994.

----(1994b) Observación General N° 23: Derechos de las minorías (artículo 27). Documento de Naciones Unidas CCPR/C/21/REV.1/ADD.5.

----(1999) Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto: México. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.109.

----(2000) Dictamen sobre la Comunicación N° 547/1993. Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelandia. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/70/D/547/1993.

----(2005) Dictamen sobre la Comunicación N° 1023/2001. Jouni Länsman, Eino Länsman y el Comité de Pastores Muotkatunturi v. Finlandia. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/83/D/1023/2001.

----(2009) Dictamen sobre la Comunicación N° 1457/2006 Ángela Poma Poma v. Perú. Documento de Naciones Unidas CCPR/C/95/D/1457/2006.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL AGUA Y EL MEDIO AMBIENTE (CIAMA) (1992) Declaración de Dublín.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS (CMDH) (1993) Declaración y Programa de Acción de Viena. Documento de Naciones Unidas A/CONF.157/23.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (CjDH) (2008) Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Documento de Naciones Unidas A/HRC/RES/7/22.

----(2010). Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Documento de Naciones Unidas A/HRC/15/L.14.

----(2011a) El derecho humano al agua potable y el saneamiento. Documento de Naciones Unidas A/HRC/RES/16/2

----(2011b) El derecho humano al agua potable y el saneamiento. Documento de Naciones Unidas A/HRC/RES/18/1

CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (CFI) (2010) Norma de desempeño 7. v2: Pueblos Indígenas. (Consulta 10 de enero de 2011) ([http://www.ifc.org/ifcext/policyreview.nsf/AttachmentsByTitle/Phase3_PS7_Spanish_Highlights/\\$FILE/Phase3_PS7_Spanish_Highlights.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/policyreview.nsf/AttachmentsByTitle/Phase3_PS7_Spanish_Highlights/$FILE/Phase3_PS7_Spanish_Highlights.pdf)).

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (CC) (1997) Sentencia de la Corte Constitucional SU-039/97. (Consulta 01 de abril de 2011) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>)

----(2002) Sentencia de la Corte Constitucional C-418/02. (Consulta 08 de diciembre de 2010) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-418-02.htm>)

----(2003) Sentencia de la Corte Constitucional C-620/03. (Consulta 10 de diciembre de 2010) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-620-03.htm>)

----(2008) Sentencia de la Corte Constitucional C-030/08. (Consulta 08 de diciembre de 2010) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-030-08.htm>)

----(2009) Sentencia de la Corte Constitucional T-769/09. (Consulta 08 de diciembre de 2010) (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-769-09.htm>)

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (ECHR) (1978) Case Ireland v. United Kingdom.

----(1979) Case of Airey v. Ireland. (Application no. 6289/73)

----(1981) Case of Dudgeon v. United Kingdom. (Application no. 7525/76)

----(1989) Case Soering v. United Kingdom. (Application no. 14038/88)

----(1995) Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections). (Application no. 15318/89)

----(2004) Case of Connors v. The United Kingdom (Application no. 66746/01)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) (1982a) "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82. Serie A No. 1.

----(1982b) El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82. Serie A No. 2.

----(1987a) El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87. Serie A No. 8.

----(1987b) Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87. Serie A No. 9.

----(1987c) Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Serie C No.1.

----(1988) Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Serie C No. 4.

----(1989a) Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89. Serie A No. 10.

----(1989b) Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Serie C No. 5.

----(1993) Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93. Serie A No. 13.

----(1999a). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Serie C No. 63.

----(1999b) Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Serie C No. 55.

----(1999c) Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Serie C No. 54.

----(1999d) El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99. Serie A No. 16.

----(2000) Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Serie C No. 70.

----(2001a). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 79.

----(2001b) Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 73.

----(2002) Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02. Serie A No. 17.

----(2003a) Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 98.

----(2003b) Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18.

----(2004a) Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 117.

----(2004b) Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 112.

----(2004c) Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Serie C No. 116.

----(2005a) Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127.

----(2005b). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Serie C No. 125.

----(2005c) Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 134.

----(2005d) Medidas Provisionales sobre el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM respecto de Brasil. Resolución de la Corte de 30 de noviembre de 2005.

----(2005e). Medidas Provisionales sobre el Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador. Resolución de la Corte de 17 de junio de 2005.

----(2005f) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 124.

----(2006a) Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 148.

----(2006b). Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 153.

----(2006c) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 146.

----(2007) Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 172.

----(2008) Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 185.

----(2009a) Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205.

----(2009b). Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 202.

----(2010a) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214.

----(2010b) Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 220.

----(2011) Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221.

CUNNINGHAM, Myrna y otros (2008) ¿Qué está pasando con los derechos de los Pueblos Indígenas? Managua: UNICEF, UNIFEM y OACNUDH.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2005). Ciudadanos sin Agua: Análisis de un Derecho Vulnerado. Informe Defensorial N° 94. Lima: Defensoría del Pueblo.

DE SOTO, Hernando (2000) El Misterio del Capital: Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo. Lima: Editora El Comercio S.A.

DE TRAZEGNIES, Fernando (1999). Debatiendo sobre derechos humanos. En: Revista Ideele, N° 117. (Consulta 26 de mayo de 2010) (<http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/117/pag45.htm>)

DONOSO, Guillermo (2004) Chile: estudio de caso del Código de Aguas, pp. 25-48. En CEPAL, Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur. Santiago: CEPAL.

DOROTINSKY, Deborah (1990) Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos del Chiapas (1940-1970), pp. 65-94. En: Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.) Entre la Ley y la Costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México D.F: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

DOUROJEANNI, Axel y BERRIOS, Jorge (1996) Eficiencia igual Mercado igual Propiedad del agua: Una ecuación incompleta (el caso de Chile). Lima: PUCP.

DOUROJEANNI, Axel y JOURAVLEV, Andrei (1999) El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad. Santiago: CEPA.

EL COMERCIO (2010) (Consulta 10 de octubre de 2010)
(<http://elcomercio.pe/tag/125868/Majes%20Siglas%20II>)

EPSTEIN, Richard (2003) Principio para una Sociedad Libre: Reconciliando la Libertad Individual con el Bien Común. Lima: UPC.

FAÚNDEZ, Héctor (2004) El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. 3ª ed. San José: IIDH.

FERNÁNDEZ, Carlos (1999) Naturaleza Tridimensional de la Persona Jurídica. En: Diké, Portal de Información y Opinión Legal PUCP.

(Consulta: 12 de junio de 2010)
(http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_12.PDF)

----(2001) Fundamentos de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI: Personalismo, Tridimensionalismo y Proyecto de Vida. En: Diké: Portal de Información y Opinión Legal PUCP. (Consulta: 12 de junio de 2010)
(http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_5.PDF)

GALVIS, María Clara (2010) Consulta, Consentimiento y Veto, pp. 11-13. En: Aporte DPLF Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal. N° 14 Año 3.

GARCÍA-PELAYO, Manuel (1996) Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. 2ª ed. Madrid: Alianza Edit.

GARCIA, Sergio (2006) Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151.

GELLES, Paul (2006) Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las naciones andinas, pp. 83-128. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

----(2007) Política Cultural y Resistencia Local en la Irrigación de la Sierra, pp. 47-62. En: Boelens, Rutgerd y Hoogendam, Paul (eds.) Derechos de Agua y Acción Colectiva. Lima: IEP.

GENTES, Ingo (2001) Derecho de Agua y Derecho Indígena.- Hacia un reconocimiento estructural de la gestión indígena del agua en las legislaciones nacionales de los Países Andinos. Documento conceptual para el Programa Walir. (Consulta 18 de octubre de 2010) (<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd29/andinos.pdf>)

----(2006) La interacción de los derechos locales e indígenas de agua con la legislación chilena, pp. 255-284. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

----(2007) Las reformas al código de aguas en Chile: ¿Más de lo mismo o cambio de paradigma en las políticas hídricas? pp. 175-198. En: Boelens, Rutgerd y Otros (comps.) Memorias del Congreso Internacional WALIR: Pluralismo Legal, Recursos Hídricos y Políticas de Reconocimiento (Cusco, noviembre de 2006). Wageningen/Cusco: Wageningen University y otras.

GETCHES, David (2006) La defensa de los derechos de agua con las leyes de la cultura dominante: el caso de los Estados Unidos. pp. 227-254. En: Boelens, Rutgerd y Otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

----(2010) Using International Law to Assert Indigenous Water Rights, pp. 259-279. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds). Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity. Londres: Earthscan.

GROS, Héctor (1998) Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales. En: Revista Internacional de Ciencias Sociales N° 158. Unesco. (Consulta 24 de junio de 2010) (<http://www.unesco.org/issj/rics158/titlepage158spa.html>)

GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (GNUD) (2008) Directrices de los asuntos de los pueblos indígenas. (Consulta: 09 de octubre de

2010)(http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf)

GUEVARA, Armando (2007) La Legislación Oficial de Aguas frente a los Derechos indígenas y campesinos en el Perú, pp. 144-167. En: Boelens y otros (eds.). El agua y los Pueblos Indígenas. Paris: UNESCO.

----(2008) Derecho de Aguas, pluralismo legal y concreción social del Derecho, pp. 147-162. En: Guevara, Armando (ed.) Derechos y Conflictos de Agua en el Perú. Lima: Departamento Académico de Derechos de la PUCP, Walir y Concertación.

----(2009) Diversidad y Complejidad Legal: Aproximaciones a la Antropología e Historia del Derecho. Lima: PUCP.

GUEVARA, Armando; BOELEN, Rutgerd y GETCHES, David (2007) Políticas Hídricas, Derechos Consuetudinarios e Identidades Locales, pp. 27-36. En: Boelens, Rutgerd y otros (comps.) Memorias del Congreso Internacional WALIR: Pluralismo Legal, Recursos Hídricos y Políticas de Reconocimiento (Cusco, noviembre de 2006). Wageningen/Cusco: Wageningen University y Otras.

HARDIN, Garret (2002) La tragedia de los bienes comunes, pp. 33-48. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

HELLER, Michael (1998) The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, pp. 621-688. En: Harvard Law Review. Vol. 111. N° 3.

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (2007). El derecho internacional humanitario consuetudinario. Vol. 1: Normas. Buenos Aires: CICR.

HENDERSON, Humberto (2004) Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine, pp. 71-100. En: Revista IIDH N°39.

HENDRIKS, Jan y SACO, Victor (2008) Gestión local del agua y legislación nacional, pp. 139-146. En: Guevara, Armando (ed.) Derechos y Conflictos de Agua en el Perú. Lima: Departamento Académico de Derechos de la PUCP, Walir y Concertación.

HEPWORTH, Nick; POSTIGO, Julio C y GÜEMES, Bruno (2010) Understanding the impacts of the UK's water footprint through a case study of Peruvian asparagus. London: Progressio, CEPES and Water Witness International.

HICKS, Gregory A. (2010) Acequias of South-Western US in Tension with State Water Laws, pp. 223-234. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds). Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity. Londres: Earthscan.

HOEKEMA, André (2006) ¿Un nuevo futuro codificado para la tenencia local de los recursos naturales?, pp. 189-226. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Agua y Derecho: Políticas hídricas, derechos consuetudinarios e identidades locales. Lima: IEP y Walir.

HUBER, Max (1928) Netherlands v. United States. Permanent Court of Arbitration (Consulta 05 de noviembre de 2010) (<http://web.archive.org/web/20041215063650/http://ksuemail.kennesaw.edu/~cli/palm.htm>)

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC) (2010) Customary IHL database (Consulta: 24 de agosto de 2010) (<http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>)

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ) (1951) Advisory Opinion. Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Consulta: 22 de diciembre de 2010) (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=12&code=ppcg&p3=4>)

----(1970) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Consulta: 01 de junio de 2010) (<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>)

----(1971) Advisory Opinion. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) (Consulta 19 de diciembre de 2010) (<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=53&code=nam&p3=4>)

ITURRALDE, Diego (1990) Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley, pp. 47-63. En: Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.) Entre la Ley y la Costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México D.F: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

----(2004) Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales; y discriminación, pp. 233-256. En: Revista IIDH N°39.

----(2006) Usos de la Ley y Usos de la Costumbre: La Reivindicación del Derecho Indígena a la Modernización, pp. 239-250. En: Valladares, Laura (dir.) Antología: Grandes temas de la Antropología Jurídica - V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica "Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización" (Consulta 02 de septiembre de 2010) (http://www.dfpd.edu.uy/departamentos/sociologia/adjuntos/jornada_6_abril/Antropolog%C2%A1a_jur%C2%A1dica.pdf)

IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA (IX CIA) (1948) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

KLAIBER, Jeffrey (2006) Derechos humanos: una visión histórica, pp. 11-43. En: Salmón, Elizabeth (coord.). Miradas que Construyen: Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos. Lima: PUCP.

KYMLICKA, Will (1996) Ciudadanía Multicultural. Madrid: Paidós.

----(2009) Multicultural Odysseys: Navigating the New Institutional Politics of Diversity. New York: Oxford University Press.

KOPAS, Jacob y PUENTES, Astrid (2009) Grandes Represas en América, ¿Peor el remedio que la enfermedad? Principales consecuencias ambientales y en los derechos humanos y posibles alternativas. Bogotá: Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA)

LAIFUNGAM, Debabrata y PINTO Anna (2007) Sanāmahi-Pākhangba: los meitei y el agua, una relación de vida, pp. 80-87. En: Boelens y otros (eds.). El agua y los Pueblos Indígenas. Paris: UNESCO.

LANDA, César (2002). Dignidad de la Persona Humana, pp. 109-138. En: Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Núm. 7. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

LANDA, Cesar y ETO, Gerardo (2010). Fundamento de Voto de los Magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz. En: Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 04611-2007-PA/TC (Consulta 08 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html>)

LOPEZ, Nicolás (2001) Sobre los derechos colectivos, pp. 17-46. En: Ansuátegui, Francisco (ed.) Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson S.L.

MANDELA, Nelson (1993) Prize Nobel Lecture (Consulta 23 de agosto de 2011) (http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1993/mandela-lecture.html)

MARTINEZ, Jose R. (1986) Study of the problem of discrimination against indigenous populations. Vol. II. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/SUB.2/1986/7/ADD.1

MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2010) Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones. Documento de Naciones Unidas A/HRC/EMRIP/2010/2.

MEHTA, Lyla y otros (2002) Explorando conocimientos sobre instituciones e incertidumbre: nuevas direcciones en el manejo de recursos naturales, pp. 100-154. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds.) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

MEINZEN-DICK, Ruth y PRADHAN, Rajendra (2005) Analyzing Water Rights, Multiple Uses and Intersectoral Water Transfer, pp. 237-253. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds.) Liquid Relations: Contested Water Rights and Legal Complexity. New Jersey: Rutgers University Press.

MÉXICO Congreso Constituyente (1917) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

MIKKELSEN, Cæcilie (comp.) (2010) Mundo Indígena 2010. Lima: IWGIA.

MOLLE, François y VALLÉE, Domitille (2009) Managing competition for water and the pressure on ecosystems, pp. 150-159. En: World Water Assessment Programme. The United Nations World Water Development Report 3: Water in a Changing World. Paris: UNESCO, y London: Earthscan.

NORTH, Douglass (2007) Entendiendo el proceso de cambio económico, pp. 53-70. En: Eyzaguirre, Hugo (ed.) Instituciones y Desarrollo: La reforma institucional - La experiencia chilena. Lima: UPC.

NOVAK, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO, Luis (2000) Derecho Internacional Público: Introducción y Fuentes. Tomo I. Lima: PUCP.

O'DONNELL, Daniel (2004) Derecho Internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH) (2006) Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.

----(2007) Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de

derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Documento de Naciones Unidas: A/HRC/6/3.

----(2009) Carta de la Presidenta del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Fatimata-Binta Victoire Dah, al Representante Permanente de la Misión de Perú ante Naciones Unidas, José Eduardo Ponce Vivanco. En: OACNUDH Early-Warning Measures and Urgent Procedures (Consulta 10 de marzo de 2011)

(http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/early_warning/Peru130309.pdf)

----(2010) Informes de visitas a países del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Consulta 24 de noviembre de 2010)

(<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/rapporteur/visits.htm>).

----(2011) Folleto informativo N°35: El derecho al agua. Ginebra. (Consulta 01 de abril de 2011) (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>)

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) (1989) Convenio N° 169 de la OIT: Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. Ginebra.

----(2009) Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Lima: OIT.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

----(1965) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

----(1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

----(1977) Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Mar del Plata: ONU.

----(2007) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento de Naciones Unidas: A/RES/61/295.

----(2010) El derecho humano al agua y el saneamiento. Documento de Naciones Unidas: A/RES/64/292.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO) (2001) Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (Consulta 08 de febrero de 2011) (http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

----(2006a) El agua: vector de cambio e intercambio: Transporte de bienes (Consulta: 24 junio de 2010) (http://www.unesco.org/water/wwd2006/vector_change_exchange/moving_products_es.shtml)

----(2006b) Agua y visiones del mundo: Agua, religiones y creencias (Consulta: 24 junio de 2010) (http://www.unesco.org/water/wwd2006/world_views/water_religions_beliefs_es.shtml)

----(2006c) Agua y visiones del mundo (Consulta: 24 junio de 2010) (http://www.unesco.org/water/wwd2006/world_views/index_es.shtml)

----(2009) Resultado de la reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua (Consulta 20 de enero de 2012) (<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001854/185432s.pdf>)

ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y CÓRDOBA, Daniel (2007) Veintiocho preguntas y respuestas sobre la Nueva Economía Institucional, pp. 38-53. En: Eyzaguirre, Hugo (ed.) Instituciones y Desarrollo: La reforma institucional - La experiencia chilena. Lima: UPC.

OSSIO, Juan (1992) Parentesco, Reciprocidad y Jerarquía en los Andes. Lima: PUCP.

---- (1994a) El Estado Peruano y las Poblaciones Indígenas Andinas, pp. 37-80. En: Ossio, Juan Las Paradojas del Perú Oficial. Lima: PUCP.

---- (1994b) El encuentro entre Dos Mundos: Un punto de vista antropológico, pp. 97-104. En: Ossio, Juan Las Paradojas del Perú Oficial. Lima: PUCP.

OSTROM, Elinor (2002) Reformulando los bienes comunes, pp. 49-77. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds.) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

----(2009) Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems, pp. 408-444 (Prize Nobel Lecture) (Consulta 15 de octubre de 2010) (http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf)

OSTROM, Elinor y HESS, Charlotte (2007) Private and Common Property Rights. (Consulta 14 de octubre de 2010) Indiana University (http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3985/W07-25_Ostrom_Hess_DLC.pdf?sequence=1)

OSTROM, Elinor y otros (1999) Revisiting the Commons: Local lessons, global challenges, pp. 278-282. En: Science's Compass Review. Vol. 284.

PACHECO, Ivonne (2010) Carhuanchu o la disputa por el agua de las punas, pp. 27-29. En: CEPES. La Revista Agraria. Año 10 N° 114.

PARRA, Oscar; VILLANUEVA, María y MARTIN, Agustín (2008) Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José: IIDH.

PEÑA, Humberto (2004) Chile: 20 años del Código de Aguas, pp. 13-24. En: CEPAL, Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur. Santiago: CEPAL.

PEREYRA, Carlos (2008) Conflictos regionales e intersectoriales por el agua, pp. 81 – 99. En: Guevara, Armando (ed.). Derechos y Conflictos de Agua en el Perú. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Walir y Concertación.

PERÚ Congreso Constituyente Democrático (1993) Constitución Política del Perú.

----Congreso de la República (2009) Ley N° 29338: Ley de Recursos Hídricos.

---Presidencia de la República (2010) Decreto Supremo N° 001-2010-AG: Reglamento de la Ley N° 29338.

PIZA R., Rodolfo y TREJOS, Gerardo (1989) Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana. San José: Editorial Juricentro.

PLANT, Roger y HVALKOF, Soren (2006) Titulación de Tierras y Pueblos Indígenas, pp. 135-208. En: En: Valladares, Laura (dir.) Antología: Grandes temas de la Antropología Jurídica - V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica "Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización" (Consulta 06 de octubre de 2010)

(http://www.dfpd.edu.uy/departamentos/sociologia/adjuntos/jornada_6_abril/Antropologia%20A1a_jur%20A1dica.pdf)

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2006) Los retos de la gobernabilidad del agua, pp. 42-85. En: Programa Mundial para la Evaluación de los Recursos Hídricos. 2° Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo: Agua, una responsabilidad compartida. Zaragoza: Sociedad Estatal Expoagua Zaragoza 2008, S.A.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA) (2006) Ecosistemas costeros y de agua dulce, pp. 160-195. En: Programa Mundial para la Evaluación de los Recursos Hídricos. 2° Informe de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo: Agua, una responsabilidad compartida. Zaragoza: Sociedad Estatal Expoagua Zaragoza 2008, S.A.

PUNTSCH, Eberhard (1994) Política y Dignidad Humana: El camino liberal. 2ª.ed. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ (RPP) (2010) ANA identifica 244 conflictos por agua. (Consulta: 08 de mayo de 2010) (<http://radio.rpp.com.pe/cuidaelagua/ana-identifica-244-conflictos-por-agua/>)

RIVERA, Francisco J y RINALDI, Karine (2008) Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos, pp. 80-96. En: Revista CEJIL: Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano. Año III, N°4. San José: CEJIL.

RIVERA, José y MARTINEZ, Luis (2009). La Cultura de las Acequias, paisajes históricamente irrigados de Nuevo México, pp. 313-330. En: Ramirez, Benito (dir.) Revista Agricultura, Sociedad y Desarrollo. Vol. 6, N°3. México D.F: COLPOS.

ROJAS, Clara (2009) Un rito andino en Andamarca: Apu yaku pagapuy, pp. 8-9. En: Variedades, Semanario del Diario Oficial el Peruano N° 135.

ROSS, Anne y BIGGE, Charlotte (2009) Australia, pp. 244-255. En: Wessendorf, Kathrin (comp.) Mundo Indígena 2009. Lima: IWGIA.

ROVERE, Marta e IZA, Alejandro. Prácticas ancestrales y derechos de aguas: de la tensión a la coexistencia. Glans: Unión Internacional para la Protección de la Naturaleza.

ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCE (2010) Nobel prizes in economics science - 2009. (Consulta: 14 de octubre de 2010)
(http://130.242.18.21/nobel_prizes/economics/laureates/2009/press.html#)

SALAZAR, Mariana y TORRES, Gustavo (2006) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, pp. 64-72. En: Gutiérrez, Juan Carlos (coord.) Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. México D.F: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea.

SALMAN, Salman M.A y McINERYNEY-LANKFORD, Siobhán (2004) The human right to water. Washington D.C.: Banco Mundial.

SALMÓN, Elizabeth (1999) América Latina y la Universalidad de los Derechos Humanos. En: Red de Información Jurídica - CAJ (Consulta 24 de junio de 2010) (<http://190.41.250.173/guia/caracter.htm>)

---- (2006) Los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la protección del ser humano, pp. 147- 165. En: Salmón, Elizabeth (coord.). Miradas que Construyen: Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos. Lima: PUCP.

SALMÓN, Elizabeth y VILLANUEVA, Pedro (2008) Los aportes del Derecho Internacional a la construcción del derecho humano al agua, pp. 163 – 195. En: Guevara, Armando (ed.). Derechos y Conflictos de Agua en el Perú. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Walir y Concertación.

SEGERFELDT, Fredrik (2006) Agua privada para todos: Cómo la empresa y el mercado pueden solucionar la crisis mundial del agua. Lima: UPC.

SIEDER, Rachel (2006) El nuevo multiculturalismo en América Latina ¿Regulación o Emancipación?, pp. 79-86. En: En: Valladares, Laura (dir.) Antología: Grandes temas de la Antropología Jurídica - V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica "Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización" (Consulta 04 de octubre de 2010)

(http://www.dfpd.edu.uy/departamentos/sociologia/adjuntos/jornada_6_abril/Antropologia%20A1a_jur%20A1dica.pdf)

SIERRA, María Teresa y CHENAUT, Victoria (2006) Los debates recientes y actuales de la antropología jurídica: Las corrientes anglosajonas, pp. 27-58. En: Valladares, Laura (dir.) Antología: Grandes temas de la Antropología Jurídica - V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica "Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización" (Consulta 19 de septiembre de 2010)

(http://www.dfpd.edu.uy/departamentos/sociologia/adjuntos/jornada_6_abril/Antropologia%20A1a_jur%20A1dica.pdf)

SMITH, Carsten y DODSON, Michael (2010) Informe sobre los derechos de pesca de los indígenas en los mares, con estudios de casos en Australia y Noruega para el Foro

Permanente para las Cuestiones Indígenas. Documento de Naciones Unidas E/C.19/2010/2.

SMITH, Richard (2002a) Introducción: Los bienes comunes y su gestión comunitaria: conceptos y prácticas, pp. 13-30. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds.) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

----(2002b) El don que hiere: reciprocidad y gestión de proyectos en la Amazonía indígena, pp. 155-180. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds.) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

STAVENHAGEN, Rodolfo (1990) Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina, pp. 27-46. En: Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.) Entre la Ley y la Costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México D.F: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

----(1995) Cultural Rights and Universal Human Rights, pp. 63-77. En: Eide, Asbjørn; Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.) Economic, Social and Cultural Rights. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers.

----(2003a) Derechos humanos y cuestiones indígenas:

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión - Misión a Chile. Documento de Naciones Unidas: E/CN.4/2004/80/Add.3.

----(2003b) Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. Documento de Naciones Unidas E/CN.4/2003/90.

----(2010) Cómo hacer para que la Declaración sea efectiva, pp. 366-373. En: Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.) El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague: IWGIA.

SMITH, Richard (2002a) Introducción: Los bienes comunes y su gestión comunitaria: conceptos y prácticas, pp. 13-30. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds.) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

----(2002b) El don que hiere: reciprocidad y gestión de proyectos en la Amazonía indígena, pp. 155-180. En: Smith, Richard y Pinedo, Danny (eds) El Cuidado de los Bienes Comunes: Gobierno y manejo de los lagos y bosques en la Amazonía. Lima: IEP e Instituto del Bien Común.

STEINER, Henry J. y ALSTON, Philip (1996) International Human Rights in Context: Law- Politics-Morals. New York: Oxford University Press.

TAYPE, Jesús (2010) Fiesta Andina de la Fertilidad: Honor al agua, pp. 2-4. En: Variedades, Semanario del Diario Oficial el Peruano N° 186.

THE ECONOMIST (1998) The Conscience of Mankind (Consulta: 18 de junio de 2010) (<http://www.economist.com/node/178031>)

TRIANA, Adolfo (1990) El Estado y el derecho frente a los indígenas, pp. 277-298. En: Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (comps.) Entre la Ley y la Costumbre: El derecho consuetudinario indígena en América Latina. México D.F: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) (2002) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC (Consulta 08 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>)

----(2004) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2488-2002-HC/TC (Consulta 08 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>)

----(2005a) Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 2235-2004-AA/TC (Consulta 04 de diciembre de 2010) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02235-2004-AA.html>)

----(2005b) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0050-2004-AI/TC

acumulados (Consulta 05 de diciembre de 2010) (<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>)

----(2005c) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 045-2004-PI/TC (Consulta 05 de diciembre de 2010) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>)

----(2006) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 4972-2006-PA/TC (Consulta 08 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04972-2006-AA.html>)

----(2007) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 06534-2006-PA/TC (Consulta 16 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.html>)

----(2009) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 03343-2007-PA/TC (Consulta 12 de diciembre de 2010) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>)

----(2010a) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0022-2009-PI/TC (Consulta 08 de diciembre de 2010) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>)

----(2010b) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 05427-2009-PC/TC (Consulta 10 de diciembre de 2010) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.html>)

----(2010c) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 04611-2007-PA/TC (Consulta 08 de enero de 2011) (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html>)

TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA (TLA) (2007) Caso Amenaza a los recursos hídricos y comunidades autóctonas por la construcción del Canal Colector Ingahuasi del Proyecto Choclococha. Provincias de Huancavelica, Castorreyana y Huaytará, Región de Huancavelica. República del Perú. (Consulta 14 de abril de 2011) (http://www.tragua.com/audiencias/2007/veredictos_2007/caso_peru.pdf)

----(2008a) Caso: Proyectos Hidroeléctricos sobre los ríos Bonyic y Changuinola. Bosque Protector Palo Seco / Parque Internacional La Amistad. Provincia de Bocas del Toro. Panamá (poblaciones Naso y Ngöbe) (Consulta 26 de abril de 2011)

(http://www.tragua.com/audiencias/2008/caso_panama_audiencia_guatemala_2008.htm
1)

----(2008b) Caso: Severa afectación del río San Juan en detrimento de las comunidades indígenas maya-chalchitekas. Departamento de Huehuetenango. Guatemala. (Consulta 26 de abril de 2011) (http://www.tragua.com/audiencias/2008/caso_rio_san_juan_audiencia_guatemala_2008.html)

----(2008c) Caso: Hidroeléctricas del río Madeira en la Selva Amazónica. Estado de Rondonia. Brasil. (Consulta 26 de abril de 2011) (http://www.tragua.com/audiencias/2008/caso_brasil_rio_madeira_audiencia_guatemala_2008.html)

TRUYOL, Antonio (1977) Fundamentos de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos.

TUBINO, Fidel (2006) La democracia radical en contextos comunitaristas, pp. 125-145. En: Salmón, Elizabeth (coord.). Miradas que Construyen: Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos. Lima: PUCP.

ULFE, María (2009) Las fiestas del agua. En: El Comercio (Consulta: 10 de mayo de 2010) (<http://elcomercio.pe/impres/notes/fiestas-agua/20090322/262676>)

URTEAGA, Patricia (2006) El derecho colectivo al agua, pp. 113-158. En: Urteaga, Patricia y Boelens, Rutgerd (eds.) Derechos Colectivos y Políticas Hídricas en la Región Andina. Lima: IEP y Walir.

URUGUAY (1967) Constitución Política de la República Oriental del Uruguay.

VERZIIL, Andres (2007) Derechos de Agua y Autonomía Local: Análisis comparativo de los Andes peruanos y los Alpes suizos. Lima: IEP y Walir.

VIO, Eduardo (2010) Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi. En: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 214.

WACKER, Corinne (2007) El flujo del agua y la continuidad de la cultura: imágenes del agua en el paisaje y rituales en un oasis en el desierto de la montaña de Ladakh (Himalayas de la India), pp. 88-103. En: Boelens y otros (eds.). El agua y los Pueblos Indígenas. Paris: UNESCO.

WESSENDORF, Kathrin (comp.) (2011) Mundo Indígena 2011. Lima IWGIA.

WILKINSON, Charles F. (2010) Indian water rights in conflict with State water rights: The case of the Pyramid Lake Paiute Tribe in Nevada, US, pp. 213-222. En: Boelens, Rutgerd y otros (eds). Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity. Londres: Earthscan.

YRIGOYEN, Raquel (2006) Vislumbrando un horizonte pluralista: Rupturas y retos epistemológicos y políticos, pp. 105-124. En: Valladares, Laura (dir.) Antología: Grandes temas de la Antropología Jurídica - V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica "Justicia y Diversidad en tiempos de Globalización" (Consulta 04 de octubre de 2010)

(http://www.dfpd.edu.uy/departamentos/sociologia/adjuntos/jornada_6_abril/Antropologia%20A1a_jur%20A1dica.pdf)

ZALAUQUETT, José (2008) La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, pp.139-148. En: Sarmiento, Claudia (ed.) Anuario de Derechos Humanos 2008. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

ZEGARRA, Felipe (2006) Fundamentos Teológicos de los Derechos Humanos, pp. 45-85. En: Salmón, Elizabeth (coord.). Miradas que Construyen: Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos. Lima: PUCP.